

«Uten virkning»

- ny sanksjon mot visse grove brudd på reglene om offentlige anskaffelser



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 235
Leveringsfrist: 1. juni 2012

Til sammen 39 469 ord

31.05.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Avhandlingens tema og hovedproblemstilling	1
1.2	Et nytt ineffektivitetsgrunnlag for kontrakter	2
1.3	Hva gjør oppgavens tema praktisk og viktig?	3
1.4	Generell avgrensning av avhandlingens tema.....	4
1.5	Begrepsavklaring	5
1.6	Rettskildesituasjonen.....	5
1.6.1	Utgangspunkt i norsk rett.....	5
1.6.2	Rettskilder.....	6
1.7	Oversikt over den videre fremstilling	8
<u>2</u>	<u>SANKSJONENS VIRKEOMRÅDE</u>	<u>11</u>
2.1	Innledning	11
2.2	En objektiv sanksjonsmodell	11
2.3	Grunnvilkåret for sanksjonens virkeområde.....	14
2.3.1	Innledning	14
2.3.2	Anskaffelser over EØS-terskelverdiene.....	15
2.3.3	Bør sanksjonen innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene?	15
2.4	Situasjonene hvor sanksjonen skal ilegges	22
2.4.1	Innledning	22
2.4.2	Ulovlige direkte anskaffelser	22
2.4.3	Kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger	27
2.4.4	Brudd på prosedyreregler i forskrift i kombinasjon med brudd på reglene om karenstid eller suspensjonstid	30
2.4.5	Bør sanksjonen innføres for andre typer regelbrudd?	36
2.5	Unntak	37

2.5.1	Innledning	37
2.5.2	Vesentlige hensyn til allmennhetens interesser	37
2.5.3	Frivillig intensjonskunngjøring og karenperiode	42
2.5.4	Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger – frivillig karenperiode	43
3	<u>SANKSJONENS INNHOLD</u>	45
3.1	Innledning	45
3.2	Håndhevelsesdirektivets rammer for sanksjonens innhold	47
3.3	«Uten virkning» med tilbakevirkende kraft eller med virkning for fremtiden? ...	48
3.3.1	Innledning	48
3.3.2	Tidspunktene for «uten virkning» ex nunc og ex tunc	48
3.3.3	I hvilke situasjoner kan sanksjonen ilegges med virkning ex tunc?	49
3.3.4	Ileggelse av sanksjonen med virkning ex nunc og ex tunc i kombinasjon?	53
3.4	Skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger	55
3.4.1	Innledning	55
3.4.2	Kan kontraktpartene fri seg fra kontrakten før skjæringstidspunktet?	55
3.4.3	Skjæringstidspunktets betydning for sanksjonens effektivitet	61
3.4.4	Forslag til endring av regelverket	65
3.5	Ineffektivitetsoppgjøret	68
3.5.1	Innledning	68
3.5.2	Må eller bør ineffektivitetsoppgjøret reguleres i lov eller forskrift?	68
3.5.3	Oppgjør ved illeggelse av sanksjonen med virkning ex nunc	70
3.5.4	Restitusjonsoppgjøret ved illeggelse av sanksjonen med virkning ex tunc	72
a.	Innledning	72
b.	Analogisk anvendelse av regler om restitusjon	72
c.	Tilbakeføring av hovedytelsen	73
d.	Restitusjon av berikelse	76
4	<u>ERSTATNING TIL LEVERANDØREN I KONTRAKTSFORHOLDET</u>	81
4.1	Innledning	81
4.1.1	Problemstilling	81
4.1.2	Forholdet til de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene	82
4.1.3	Den videre fremstilling	85

4.2	Ansvarsgrunnlaget.....	85
4.2.1	Innledning	85
4.2.2	Anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlag	85
4.2.3	Et eget ansvarsgrunnlag for «uten virkning»-tilfellene?	90
4.3	Leverandørens kunnskap om regelbruddet	97
4.3.1	Innledning	97
4.3.2	Hvilken betydning bør det ha at leverandøren var i ond tro?.....	98
4.3.3	I hvilke situasjoner er leverandøren i ond tro?.....	100
4.4	Utmålingsperspektivet – erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse?106	
4.4.1	Innledning	106
4.4.2	Er håndhevelsesdirektivet til hinder for at erstatning for positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes?	107
4.4.3	Betydningen av at leverandøren har blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet	111
4.4.4	Rettspolitiske betraktninger – bør leverandøren kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse?.....	114
4.5	Avsluttende betraktninger	117
4.5.1	En egen ansvarsmodell for «uten virkning»-tilfellene	117
4.5.2	Behovet for regulering	117
5	<u>DOMSTOLSBEHANDLING.....</u>	121
5.1	Innledning	121
5.2	Valg av håndhevelsesorgan.....	121
5.3	Prosessuelle spørsmål og søksmålskompetanse	125
5.3.1	Søksmålsfrister	125
5.3.2	Søksmålskompetanse	128
5.3.3	Varslingsplikt og rettskraft	129
5.3.4	Domstolenes frihet og plikt i saker om brudd på anskaffelsesregelverket.....	131
6	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER OM DET NYE SANKSJONSSYSTEMETS EFFEKTIVITET</u>	133
7	<u>LITTERATURLISTE M.M.....</u>	137

7.1	Litteraturliste	137
7.2	Lovregister m.m.....	140
7.3	Domsregister	144
7.4	Forarbeider	146
7.5	Nettdokumenter og nettadresser	147

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstilling

Tema for avhandlingen er den nye sanksjonen *uten virkning*, som er innført i ny § 13 i anskaffelsesloven.¹ Sanksjonen innebærer en vesentlig endring i muligheten til å gripe inn i kontrakter som er inngått i strid med reglene om offentlige anskaffelser. Ved visse grove brudd på anskaffelsesregelverket kan en kontrakt kjennes *uten virkning*. Følgen av dette er at kontrakten må avvikles enten med virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse eller med tilbakevirkende kraft. Sanksjonen innebærer at en ellers bindende kontrakt inngått i strid med visse av reglene om offentlige anskaffelser, kan bringes til opphør. Etter det tidligere håndhevelsessystemet var dette utelukket.

Avhandlingens hovedproblemstilling er de kontraktsrettslige virkningene av sanksjonen *uten virkning*. Målet med avhandlingen er å analysere de viktigste problemstillingene som oppstår i forholdet mellom kontraktspartene der en kontrakt må avvikles som følge sanksjonen. De mest sentrale spørsmålene i denne forbindelse er hvilke rettsvirkninger sanksjonen har, og hvordan oppgjøret mellom kontraktspartene i en kontrakt som er kjent *uten virkning* skal gjennomføres. Også spørsmålene om leverandøren i kontrakten kan kreve erstatning, og hva det kan kreves erstatning for, faller inn under avhandlingens hovedtema.

En forståelse av sanksjonens rettsvirkninger forutsetter også en viss forståelse av sanksjonens virkeområde. Denne problemstillingen vil derfor også behandles. I tillegg

¹ Endringene i anskaffelsesloven og kommuneloven (gjennomføringen av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) ble vedtatt 20. mars 2012. Endringene trer i kraft fra 1. juli 2012, jf. kgl.res. 11. mai 2012 med hjemmel i lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) del III. Fremmet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet.

drøftes også enkelte problemstillinger som er avgjørende for at sanksjonen effektivt skal kunne oppnå tilsiktet formål, og enkelte prosessuelle spørsmål av praktisk betydning.

1.2 Et nytt ineffektivitetsgrunnlag² for kontrakter

I norsk rett har man tradisjonelt ikke hatt andre ineffektivitetsgrunnlag for kontrakter enn heving, ugyldighet, avbestilling og bortfall av kontrakt som følge av bristende forutsetninger.³ Sanksjonen *uten virkning* er et femte ineffektivitetsgrunnlag og innebærer dermed et vesentlig inngrep i norsk kontraktsrett.

Det er imidlertid flere forskjeller mellom de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene for kontrakter og sanksjonen *uten virkning*. Det er særlig tre forhold som skiller sanksjonen fra de tradisjonelle grunnlagene.

For det første bygger sanksjonen *uten virkning* på helt andre hensyn enn de fleste andre ineffektivitetsgrunnlagene. Sanksjonen har som formål å sikre etterlevelsen av reglene om offentlige anskaffelser, som igjen bygger på overordnede samfunnshensyn og EU-rettslige hensyn.⁴ Med unntak for avtaler som anses ugyldige fordi de er reproberte⁵ og til dels avbestilling, bygger de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene i det vesentlige på hensyn til kontraktspartene selv og ikke overordnede samfunnsmessig hensyn.

For det andre vil sanksjonen ilegges som følge av at en tredjepart, som ikke er part i kontrakten, reiser sak mot oppdragsgiver. De tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene er basert på opsjonsutøvelse fra kontraktspartene.⁶ I første omgang er det dermed utenforstående tredjepersoner som har bestemmende innflytelse over om kontrakten skal kjennes *uten virkning*. Kontraktspartene har ikke herredømme over kontraktens skjebne.

² Krokeide (1982) s. 356-364 og punkt 1.5

³ l.c.

⁴ Jf. anskaffelsesloven § 1 og EØS-avtalens bestemmelser om det frie varebytte (del II) og fri bevegelse av tjenester (del III), se *EØS-rett* (2011) s. 617-622

⁵ Se NL 5-1-2 og Hauge (2009) s. 427-429

⁶ Se Krüger (2010) s. 394

For det tredje er skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger et annet enn i de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene. Sanksjonen får ikke rettsvirkninger før rettskraftig avgjørelse om ileggelse av sanksjonen foreligger.⁷ I de tradisjonelle tilfellene har en kontraktspart rett til å bringe kontrakten til opphør fra det tidspunktet det er grunnlag for å gjøre ineffektivitet gjeldende.

En konsekvens av de nevnte forskjellene er at det oppstår flere problemstillinger som ikke har noen klar parallell i norsk rett. Mange av de spørsmålene som oppstår er heller ikke foreslått regulert i lov eller forskrift, eller drøftet i andre kilder. Det er derfor uklart hvordan mange av spørsmålene som vil oppstå der en kontrakt kjennes *uten virkning* skal løses.

1.3 Hva gjør oppgavens tema praktisk og viktig?

Det anslås at offentlig sektor i Norge årlig anskaffer varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider for i underkant av 400 milliarder kroner (2011).⁸ Beløpets størrelse viser at norsk offentlig sektor er en meget stor og viktig aktør på det private marked. Ikke alle anskaffelsene som regnes med i dette beløpet vil kunne rammes av sanksjonen *uten virkning*. Flere av anskaffelsene som faller inn under dette beløpet vil ikke omfattes av sanksjonens virkeområde.⁹ Ileggelse av sanksjonen vil likevel kunne være aktuelt i mange tilfeller, og sanksjonen vil kunne ramme mange kontrakter av høy verdi. Spørsmål om sanksjonens anvendelsesområde og rettslige og faktiske virkninger er derfor meget praktiske. I Norge og andre stater der det offentlige har ansvar for mange samfunnsfunksjoner, vil sanksjonen kunne få stor betydning.

⁷ Se punkt 3.4

⁸ regjeringen.no

⁹ Jeg har ikke funnet statistikk som viser en fordeling av andel av kontrakter om offentlige anskaffelser, fordelt etter antall eller verdi, som er under og over EØS-terskelverdiene. Statistisk sentralbyrå har ikke ført en slik statistikk. Hvor stor andel av de kontraktene som årlig inngås med offentlige oppdragsgivere som vil kunne rammes av sanksjonen *uten virkning*, er det derfor ikke mulig å ha noen sikker formening om.

For offentlige oppdragsgivere, og dermed allmennheten, vil en ileggelse av sanksjonen kunne få meget store faktiske konsekvenser. En ileggelse av sanksjonen vil i det enkelte tilfellet kunne innebære utsettelse og fordyring av en rekke tiltak som er viktige for allmennheten, for eksempel på områdene samferdsel, utdanning og helse.¹⁰ I de tilfellene sanksjonen kommer til anvendelse, vil dette også ramme leverandøren i kontrakten. Hvilke konsekvenser ileggelse av sanksjon vil få for oppdragsgivers medkontrahent er uklart. Mye av utviklingen av sanksjonens innhold, og spørsmålene om erstatning til leverandøren i kontrakten, er overlatt til domstolene. For å sikre forutberegnelighet i kontrakter som inngås med offentlige oppdragsgivere, er det av vesentlig betydningen å klarlegge hvilke konsekvenser sanksjonen vil få for leverandøren i kontraktsforholdet.

Sanksjonens nedslagsfelt og sanksjonens potensielt drastiske konsekvenser for kontraktspartene og allmennheten, sett i sammenheng med at mange av de spørsmålene som vil oppstå er uavklarte, gjør avhandlingens tema praktisk og viktig.

1.4 Generell avgrensning av avhandlingens tema

Innføringen av sanksjonen *uten virkning* i norsk rett reiser en rekke spørsmål av anskaffelsesrettslig, kontraktsrettslig og sivilprosessuell art. Som følge av de forholdene som er nevnt foran under punkt 1.2, oppstår det en rekke nye problemstillinger som ikke er drøftet eller avklart, og som ikke har noen klar parallell i øvrige rettsområder i norsk rett. I en avhandling av begrenset omfang er det ikke mulig å ta for seg alle spørsmål som oppstår. Avhandlingen vil derfor bare ta opp de spørsmålene som må antas å være mest praktiske.

¹⁰ Se mer om de mulige faktiske konsekvensene sanksjonen *uten virkning* under punkt 2.3.3

1.5 Begrepsavklaring

«Offentlig oppdragsgiver» eller «oppdragsgiver», benyttes i avhandlingen som en fellesbetegnelse på statlige, fylkeskommunale, kommunale og offentligrettslige organer som utgjør pliktsubjektene etter anskaffelsesloven § 2 og anskaffelsesforskriften § 1-2.

Begrepet «ineffektive kontrakter», vil i tråd med Krokeides terminologi benyttes som en fellesbetegnelse på kontrakter som før avtalt tidspunkt avvikles på irregulær måte uten at kontraktspartene er enige om en slik avvikling av kontrakten.¹¹ Med de «tradisjonelle ineffektivitetstilfellene» siktes det til situasjoner der en kontrakt bortfaller som følge av heving, ugyldighet, avbestilling eller bristende forutsetninger. Med «ineffektivitetsoppgjør» menes oppgjøret som må foretas mellom kontraktspartene der en kontrakt er kjent *uten virkning*.

For å variere språkbruken i avhandlingen vil også annullering og bortfall av kontrakt benyttes om de tilfellene der en kontrakt kjennes *uten virkning*.

1.6 Rettskildesituasjonen

1.6.1 Utgangspunkt i norsk rett

Når det gjelder virkeområdet til sanksjonen *uten virkning*, har Norge lagt seg på det minimum som kreves etter håndhevelsesdirektivet. Anskaffelsesloven § 13 første ledd gjennomfører håndhevelsesdirektivet art. 2d i samsvar med norsk rettstradisjon. Fremstillingen i det følgende tar utgangspunkt i de norske reglene om offentlige anskaffelser. Det er sanksjonen *uten virkning* slik den følger av anskaffelsesloven § 13 som behandles. I dette ligger det også at fremstillingen bygger på alminnelig norsk juridisk metode.

Det er likevel viktig å ha i mente at reglene om sanksjonen *uten virkning* bygger på EU-direktiver, og at EU-retten er en rettskildefaktor ved tolkning av de norske anskaffelsesreglene. Det følger av det alminnelige presumsjonsprinsippet at norsk rett

¹¹ Se Krokeide (1982) s. 356-364

presumeres å være i samsvar med folkeretten.¹² Presumsjonsprinsippet innebærer at de norske reglene om offentlige anskaffelser presumeres å være i overensstemmelse med EU-retten.¹³ Ved valg av tolkningsalternativer skal det alternativ som stemmer best overens med EU-retten legges til grunn. På denne måten påvirker EU-direktivene om offentlige anskaffelser tolkningen av de norske anskaffelsesreglene, herunder tolkningen av de nye bestemmelsene om sanksjonen *uten virkning*.

1.6.2 Rettskilder

I EU-retten følger reglene om anskaffelsesprosessen og reglene om håndhevelse av separate direktiver, henholdsvis anskaffelsesdirektivene¹⁴ og håndhevelsesdirektivene¹⁵. På EU/EØS-nivå er sanksjonen *uten virkning* innført ved endring av de to håndhevelsesdirektivene.¹⁶ Når det i det følgende vises til håndhevelsesdirektivet menes med dette det konsoliderte direktiv 89/665/EØF som endret ved direktiv 2007/66/EF. Når det vises til endringsdirektivets fortale, vises det til fortalen til direktiv 2007/66/EF.

Fortalen til endringsdirektivet gir en viss veiledning for tolkningen av direktivets bestemmelser. Den rettskildemessige vekten av fortalene til EU-direktiver er begrenset,¹⁷ men fortalen til endringsdirektivet er egnet til å belyse direktivbestemmelsenes formål, og dermed virkeområdet og innholdet av sanksjonen *uten virkning*. Endringsdirektivets fortale vil benyttes til dette i avhandlingen.

Ettersom sanksjonen *uten virkning* er ny i norsk rett, vil forarbeidene stå sentralt i fremstillingen. Sanksjonens formål og virkeområde er grundig behandlet i utredningen,

¹² Se *EØS-rett* (2011) s. 265-267, Nygaard (2004) s. 144-147 og Arnesen (2009) s. 59-66

¹³ Se bl.a. sak E-1/07 A hvor EFTA-domstolen la til grunn at EØS-avtalen gir grunnlag for et prinsipp om EØS-konform tolkning og Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) (s.1826) hvor Høyesterett fant at prinsippet om direktivkonform tolkning ikke rekker lengre enn presumsjonsprinsippet i norsk rett.

¹⁴ Direktiv 2004/17/EF (klassisk sektor) og Direktiv 2004/18/EF (forsyningssektoren)

¹⁵ Direktiv 89/665/EØF (klassisk sektor) og Direktiv 92/13/EØF (forsyningssektoren)

¹⁶ Direktiv 2007/66/EF – endringsdirektiv til håndhevelsesdirektivene for klassisk sektor og forsyningssektoren

¹⁷ Se EØS-avtalen protokoll 1 pkt. 1 og *EØS-rett* (2011) s. 230-231

og også omtalt i proposisjonen til Stortinget.¹⁸ Sanksjonens innhold er imidlertid ikke like detaljert behandlet i forarbeidene.¹⁹ Mange av problemstillingene vedrørende sanksjonens rettsvirkninger er nevnt eller drøftet, men det tas i liten grad stilling til de spørsmålene som reises. Særlig gjelder dette spørsmålene om ineffektivitetsoppgjøret mellom kontraktspartene, og spørsmål om erstatning til leverandører i kontrakter som kjennes *uten virkning*. De fleste problemstillingene knyttet til sanksjonens innhold og erstatning er overlatt til domstolene å løse.

Som følge av at sanksjonen *uten virkning* er ny, foreligger det ikke praksis om sanksjonen fra EU-domstolen eller norske domstoler. Tidligere praksis fra de nevnte organene og KOFA kan imidlertid være egnet til å belyse sanksjonens virkeområde. Sanksjonen *uten virkning* skal blant annet ilegges der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.²⁰ Praksis om ulovlige direkte anskaffelser vil derfor kunne benyttes ved vurderingen av om sanksjonen må ilegges. I avhandlingen vil det likevel ikke vises til enkeltavgjørelser om ulovlige direkte anskaffelser. De øvrige rettskildene som benyttes er tilstrekkelige til å fastlegge sanksjonens virkeområde.

Sanksjonen er omtalt i flere internasjonale artikler og bøker,²¹ men behandlingen av emnet i internasjonal litteratur er ofte svært kortfattet og fokuserer ikke på de kontraktsrettslige konsekvensene av sanksjonen. Det forhold at sanksjonen er gjennomført på forskjellig måte i de forskjellige EU/EØS-landene, innebærer også at den internasjonale litteraturen som foreligger er av begrenset verdi for drøftelsen av de norske reglene om sanksjonen *uten virkning*.

Det foreligger dermed flere rettskilder som kan belyse virkeområdet til sanksjonen *uten virkning*. Det finnes imidlertid bare et fåtall kilder som direkte berører sanksjonens innhold og spørsmålet om erstatning til oppdragsgivers medkontrahent. Ved behandlingen av avhandlingens hovedproblemstillinger må det derfor ses hen til andre

¹⁸ Se særlig NOU 2010:2 s. 100-105 og 113-116, og Prop. 12 L (2011-2012) s. 30-39

¹⁹ Se NOU 2010:2 s. 105-113 og 174-176, og Prop. 12 L (2011-2012) s. 37 og 63-64

²⁰ Se punkt 2.4.2

²¹ Flere artikler finnes i Public Procurement Law Review, se også Nielsen (2010).

kilder. I denne sammenhengen vil de svenske og danske reglene om sanksjonen, og forarbeidene til de nevnte reglene, benyttes. Videre vil norske kontraktsrettslige kilder benyttes. Ved vurderingen av hvilke regler som bør oppstilles, vil også sanksjonens formål om å virke preventivt og gjenopprettende stå sentralt.²²

1.7 Oversikt over den videre fremstilling

Under avhandlingens punkt 2 behandles sanksjonens virkeområde. Under dette punktet drøftes det også om den nye sanksjonsmodellen i norsk rett som bare oppstiller objektive vilkår for sanksjonsileggelse er hensiktsmessig. Videre drøftes det om sanksjonen bør innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og andre regelbrudd.

Deretter behandles sanksjonens innhold under punkt 3. I denne sammenhengen er det spørsmålene om hvilke innhold sanksjonen kan gis, i hvilke situasjoner sanksjonen kan ilegges med tilbakevirkende kraft og skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger som står sentralt. Videre behandles ineffektivitetsoppgjøret som må foretas mellom kontraktspartene.

Under punkt 4 behandles spørsmålene som oppstår der leverandøren i en kontrakt som er kjent *uten virkning* krever erstatning. Sentrale problemstillinger i denne sammenhengen er hvilke ansvarsgrunnlag som kan påberopes, og betydningen av leverandørens kunnskap om regelbruddet som ledet til at kontrakten ble kjent *uten virkning*. Videre behandles spørsmålet om leverandøren bør kunne kreve erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse. Deretter vil det oppstilles en mulig ansvarsmodell for *uten virkning*-tilfellene.

Under punkt 5 vil enkelte prosessuelle spørsmål av praktisk betydning tas opp. I tillegg drøftes det om valg av domstolene som håndhevelsesorgan er hensiktsmessig.

²² Se endringsdirektivets fortale premiss 13 og 14 og NOU 2010:2 s. 100-101

Avslutningsvis under punkt 6, vil det gis en kort og samlet vurdering av det nye sanksjonssystemets effektivitet.

2 Sanksjonens virkeområde

2.1 Innledning

Virkeområdet til sanksjonen *uten virkning* følger av anskaffelsesloven § 13 første ledd. Bestemmelsen bygger på håndhevelsesdirektivet art. 2d som fastsetter sanksjonens minimumsvirkeområde.

De nye sanksjonsreglene oppstiller bare objektive vilkår for sanksjonsileggelse. Under punkt 2.2 vil visse fordeler og ulemper med dette drøftes. Under punkt. 2.3 behandles grunnvilkåret for sanksjonens virkeområde. Regelbruddene som skal sanksjoneres med *uten virkning* behandles under punkt. 2.4. Unntakene gjennomgås under punkt. 2.5.

2.2 En objektiv sanksjonsmodell

Etter anskaffelsesloven § 7b om overtredelsesgebyr (oppheves ved de nye reglenes ikrafttredelse²³) oppstilles det både et objektivt og et subjektivt vilkår for ileggelsen av *overtredelsesgebyr*. For at gebyr skal kunne ilegges, må det for det første foreligge en ulovlig direkte anskaffelse. For det andre må oppdragsgiver ha opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig. Etter de nye reglene om *uten virkning*, *avkorting* og *overtredelsesgebyr* i anskaffelsesloven §§ 13 og 14, oppstilles det bare objektive vilkår for ileggelse av sanksjoner. Dette innebærer at sanksjoner kan ilegges selv om oppdragsgiver har opptrådt fullt ut forsvarlig. Det kan stilles spørsmål om dette er en heldig konstruksjon.

Ved innføringen av anskaffelsesloven § 7b ble det ansett som hensiktsmessig å begrense adgangen til å ilegge overtredelsesgebyr til de tilfellene der oppdragsgiver hadde opptrådt grovt uaktsomt. Dette ble særlig begrunnet med at anskaffelsesregelverket er komplisert, og at en rent objektiv sanksjonsregel vil kunne

²³ Se LOV 2012-05-11 nr 25: Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)

lede til svekket forutberegnelighet for oppdragsgiver.²⁴ De nevnte argumentene tilsier fortsatt at skyld bør være en betingelse for sanksjonsileggelse. Anskaffelsesregelverket er omfattende og komplekst, og det bør derfor være et visst rom for feil.

Ved unnskyldelige regelbrudd vil oppdragsgiver ha forsøkt å følge anskaffelsesreglene, men likevel ha begått feil. For unnskyldelige regelbrudd vil sanksjonsileggelse derfor normalt ha en svakere preventiv virkning. Preventive hensyn kan likevel tilsi at en objektiv sanksjonsmodell er hensiktsmessig. Dersom oppdragsgiver risikerer sanksjonsileggelse uavhengig av skyld, er det grunn til å tro at oppdragsgiver vil være mer påpasselig med å følge anskaffelsesregelverket. En objektiv sanksjonsmodell er egnet til å motvirke dristige tolkninger av reglene om offentlige anskaffelser. En videre fordel er at man unngår vanskelige bevissspørsmål om oppdragsgivers klanderverdige opptreden. En objektiv modell er derfor egnet til å styrke den preventive effekten av sanksjonene, i hvert fall til en viss grad.

Den korregerende og gjenopprettende effekten av sanksjonsileggelse, vil være den samme uavhengig av om oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt eller ikke. En objektiv sanksjons modell er bedre egnet til å ivareta hensynet til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.

Samlet sett innebærer en objektiv sanksjonsmodell at forutberegneligheten for oppdragsgiver og oppdragsgivers medkontrahent svekkes. I forhold til etterlevelsen av anskaffelsesregelverket er en slik modell imidlertid fordelaktig. På denne bakgrunn er det usikkert om sanksjonsileggelse bør være betinget av skyld. Det er likevel klart at det bør kunne legges vekt på om oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig ved ileggelse av sanksjoner. Sanksjonene bør ramme klanderverdige regelbrudd hardere enn unnskyldelige regelbrudd. Spørsmålet er derfor om de nye sanksjonsreglene åpner for å vektlegge skyld.

De alternative sanksjonene *avkorting* og *overtredelsesgebyr* er fleksible med tanke på fastsettelsen av virkninger, og i visse tilfeller med tanke på om sanksjoner skal ilegges

²⁴ Se Ot. prp. nr. 62 (2005-2006) s. 10 og AUDA! s. 44

eller ikke, jf. anskaffelsesloven § 14. De alternative sanksjonene åpner derfor for at subjektive forhold kan tas i betraktning. Dette innebærer at retten i de fleste tilfeller enten kan velge å la være å ilegge sanksjoner, eller fastsette sanksjonenes virkninger etter hvor grovt regelbruddet er, herunder om regelbruddet er uaktsomt eller forsettlig.

De nye reglene om alternative sanksjoner vil derfor kunne praktiseres på tilnærmet samme måte som anskaffelsesloven § 7b. Et unntak gjelder der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse under EØS-terskelverdiene. I slike tilfeller skal minst én av de alternative sanksjonene ilegges, jf. § 14 første ledd bokstav b. I slike tilfeller vil man likevel kunne ta skyld i betraktning ved fastsettelsen av sanksjonenes virkninger. Samlet sett innebærer derfor de alternative sanksjonenes fleksibilitet at det ikke er noe stort behov for et vilkår om skyld.

For sanksjonen *uten virkning* er situasjonen imidlertid annerledes. Ileggelsen av sanksjonen *uten virkning* er obligatorisk. Retten kan ikke la være å ilegge sanksjonen i mer unnskyldelige tilfeller av regelbrudd. Sanksjonen har imidlertid en viss fleksibilitet når det gjelder fastsettelsen av virkninger, jf. anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd.²⁵ Retten kan i visse tilfeller velge om sanksjonen skal ilegges med virkning *ex nunc* eller *ex tunc*, jf. anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd.²⁶ Der oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig, vil retten kunne velge det virkningsalternativet som har størst preventiv effekt, og motsatt i de tilfeller der regelbruddet er unnskyldelig, vil retten kunne velge det virkningsalternativet som er mest skånsomt for oppdragsgiver. I de fleste situasjoner vil retten imidlertid ikke kunne velge mellom *uten virkning ex nunc* og *ex tunc*.²⁷ Muligheten til å benytte denne valgfriheten for å vektlegge skyld, vil derfor være svært begrenset i praksis. Virkningstidspunktene for sanksjonen *uten virkning* er også faste. Sanksjonen vil enten få virkning fra tidspunktet for avtaleinngåelse, eller fra tidspunktet for rettskraftig avgjørelse om ileggelse av sanksjonen.²⁸ Selve sanksjonen *uten virkning* er derfor svært lite fleksibel og gir ikke nevneverdig rom for å ta skyld i betraktning.

²⁵ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 37

²⁶ Se punkt 3.3

²⁷ Se punkt 3.3.3

²⁸ Se punkt 3.3.2

Ved ileggelse av sanksjonen *uten virkning* ex nunc, skal det imidlertid ilegges *overtredelsesgebyr* i tillegg, jf. ny § 14 annet ledd i anskaffelsesloven. Verken anskaffelsesloven eller håndhevelsesdirektivet angir noen konkrete satser for *overtredelsesgebyrets* størrelse, utover at gebyret er begrenset oppad til 15 % av anskaffelsens verdi. Dette innebærer at retten kan fastsette gebyrets størrelse etter en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor det blant annet tas hensyn til regelbruddets grovhet, herunder utvist skyld, og andre momenter som oppregnes i ny § 14 femte ledd. Ileggelsen av sanksjonen med virkning ex nunc i kombinasjon med *overtredelsesgebyr*, åpner derfor for en mer fleksibel tilnærming med større mulighet for å ta skyld i betraktning.

Selv om de nye sanksjonsreglene ikke oppstiller subjektive vilkår, vil oppdragsgivers adferd fortsatt kunne vektlegges i de fleste tilfellene. Dette innebærer at det ikke er like stor avstand mellom den tidligere og den nye sanksjonsmodellen, som det umiddelbart kan se ut til. Et vilkår om skyld kunne ha vært hensiktsmessig, men som følge av de nye sanksjonsreglenes fleksibilitet, er det ikke et stort behov for subjektive vilkår. Et mulig unntak gjelder der sanksjonen *uten virkning* skal ilegges, og sanksjonens virkningstidspunkt uansett medfører at sanksjonen vil ramme oppdragsgiver og medkontrahent hardt. Dette vil kunne være situasjonen der partene har kommet kort i kontraktens oppfyllelse.

2.3 Grunnvilkåret for sanksjonens virkeområde

2.3.1 Innledning

Grunnvilkåret for virkeområdet til sanksjonen *uten virkning* fremgår av ny § 13 første ledd bokstav a i anskaffelsesloven. Under punkt 2.3.2 gis det en kort beskrivelse av grunnvilkårets begrensnings av sanksjonens virkeområde. Under punkt 2.3.3 drøftes det om sanksjonen også burde innføres for de samme regelbruddene under EØS-terskelverdiene.

2.3.2 Anskaffelser over EØS-terskelverdiene

Bare kontrakter som har en kontraktsverdi som overstiger EØS-terskelverdiene, jf. anskaffelsesforskriften § 2-2 og forsyningsforskriften § 2-3, kan rammes av sanksjonen *uten virkning*, jf anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav a. I dette ligger en viktig begrensning. Mange av kontraktene om offentlige anskaffelser har en verdi under EØS-terskelverdiene og vil derfor ikke kunne rammes av sanksjonen.

Bestemmelsen gjelder for anskaffelser av varer, prioriterte²⁹ tjenester og bygge- og anleggsarbeider. Dette innebærer at det hovedsakelig er anskaffelser som faller inn under anskaffelsesforskriften del III og forsyningsforskriften del II som er omfattet. I tillegg omfattes anskaffelser etter anskaffelsesforskriften del IV (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner, og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål) og forsyningsforskriften del III (plan- og designkonkurranser, og alternativ prosedyre).³⁰

2.3.3 Bør sanksjonen innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene?

Det kan stilles spørsmål om sanksjonen *uten virkning* bør innføres for de samme regelbruddene som rammes av § 13 første ledd bokstav b for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.³¹ Det er sannsynlig at de samme typene regelbrudd forekommer like hyppig ved slike anskaffelser, og behovet for en sanksjon som kan virke preventivt og gjenopprettende er derfor like stort. Det er særlig de to nevnte hovedformålene til sanksjonen *uten virkning*, som kan tilsi at sanksjonen bør innføres også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

En innføring av ugyldighet med virkning *ex nunc* som sanksjon mot ulovlige direkte anskaffelser, ble foreslått innført av Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser (AUDA) i 2003.³² Regelen som ble foreslått av AUDA er svært lik sanksjonen *uten virkning* med virkning *ex nunc* og sanksjonen *avkorting*. AUDA foreslo imidlertid en regel som er mer fleksibel enn sanksjonen *uten virkning*. AUDA

²⁹ Se anskaffelsesforskriften vedlegg 5 og forsyningsforskriften vedlegg 2

³⁰ Se NOU 2010:2 s. 134-138 og s. 144

³¹ For en drøftelse av om sanksjonen *uten virkning* bør innføres for andre typer regelbrudd, se pkt. 2.4.5.

³² Se Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 8-9 og AUDA! s. 49-56

viste til at det var positivt med en regel som også kunne virke preventivt i forhold til leverandører, og at en slik sanksjon ville kunne ha en gjenopprettende effekt for konkurransesituasjonen. Departementet og de fleste av høringsinstansene gikk imidlertid imot å innføre ugyldighet som sanksjon. De negative konsekvensene av en slik sanksjon ble ansett som for tungtveiende. Her ble det blant annet vist til at en slik sanksjon ville kunne medføre svekket forutberegnelighet for leverandører, og at dette ville kunne føre til at leverandører ville reservere seg mot å inngå avtaler med det offentlige av frykt for at anskaffelsesreglene ikke ble fulgt.

Innføring av sanksjonen *uten virkning* for regelbrudd under EØS-terskelverdiene ble vurdert av håndhevelsesutvalget og departementet.³³ Håndhevelsesutvalget gikk inn for at sanksjonen bare skulle innføres for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, og bare for de regelbruddene som var påkrevd etter håndhevelsesdirektivet.³⁴ Høringsinstansene og departementet var enige i at sanksjonen burde gis et mest mulig begrenset virkeområde.³⁵

Som argument mot innføring av sanksjonen for regelbrudd under EØS-terskelverdiene, ble det særlig vist til at sanksjonen vil kunne virke svært inngripende overfor oppdragsgiver. Det ble også vist til at sanksjonen innebærer et brudd med norsk kontraktsrettstradisjon, og at sanksjonen vil kunne ramme oppdragsgivers medkontrahent meget hardt, også i de tilfellene medkontrahenten er i god tro. Det ble også fremhevet at sanksjonen vil kunne svekke forutberegneligheten for oppdragsgiver vesentlig. Videre ble det vist til at sanksjonen vil kunne virke prosesskapende, og at ileggelse av sanksjonen ville reise kompliserte spørsmål om ineffektivitetsoppgjør og erstatning. På denne bakgrunnen ble virkeområdet til sanksjonen *uten virkning* begrenset til anskaffelser over EØS-terskelverdiene.

Forholdene som ble påpekt av Håndhevelsesutvalget, høringsinstansene og departementet i forarbeidene til anskaffelsesloven § 13 taler generelt mot å innføre sanksjonen, og dermed også i mot å gi sanksjonen et videre virkeområde enn håndhevelsesdirektivet krever.

³³ Se NOU 2010:2 s. 127-128 og 131-132, og Prop. 12 L (2011-2012) s. 37

³⁴ Se NOU 2010:2 s. 127-128

³⁵ Prop. 12 L (2011-2012) s. 37

Anskaffelsesregelverkets omfang og kompleksitet, samt noen av reglenes skjønnsmessige karakter, knyttet opp mot en så vidt drastisk sanksjon som *uten virkning*, vil kunne medføre en vesentlig svekkelse av forutberegneligheten i kontrakter med det offentlige. I tillegg er det uklart hvilke virkninger sanksjonen vil ha for kontraktspartene. Svekket forutberegnelighet vil kunne føre til at det blir mindre attraktivt å inngå kontrakter med det offentlige, noe som i neste omgang vil kunne føre til svekket konkurranse. En slik effekt vil være i strid med anskaffelsesreglenes formål om effektiv offentlig ressursbruk. Hensynet til forutberegnelighet taler sterkt for at sanksjonens virkeområde bør begrenses mest mulig.

Som påpekt i forarbeidene er det også vesentlig at sanksjonen *uten virkning* vil kunne virke svært inngripende for offentlige oppdragsgivere. En ileggelse av sanksjonen vil kunne innebære vesentlig økonomisk tap og praktiske problemer for den offentlige part i kontraktsforholdet. I denne sammenhengen er det grunn til fremheve at dette vil gå ut over allmennheten. Oppdragsgiver forvalter allmennhetens midler. Når oppdragsgiver lider tap lider allmennheten tap.

Ileggelse av sanksjonen vil også kunne få mer direkte betydning for oppdragsgivers utførelse av ytelser overfor borgerne. Prosjekter av betydning for samferdsel, helse eller utdanning vil for eksempel kunne rammes. Utsatt utbedring av en vei vil for eksempel kunne føre til tap for næringsdrivende. Tilsvarende vil ideelle interesser kunne rammes ved for eksempel utsettelse av bygging av idrettsanlegg eller kulturhus.

Offentlig oppdragsgiver risikerer også å måtte yte erstatning til den private part i kontrakten. I tillegg vil det kunne påløpe kostnader ved avviklingen av kontrakten for begge kontraktspartene. I noen tilfeller vil det også kunne påløpe store kostnader som følge av tilbakeføringen av det som er ytt. Videre vil det i mange tilfeller kunne påløpe betydelige kostnader til juridisk bistand.

Den private parten i kontrakten risikerer på sin side å tape hele eller deler av kontraktens fortjeneste. Som følge av en irregulær avvikling av kontrakten, vil

leverandøren også kunne få problemer med beskjeftigelsen av arbeidsstokken. Annullering av en kontrakt vil kunne føre til permitteringer og oppsigelser. En illeggelse av sanksjonen vil også kunne føre til omdømmetap og vanskeligheter med å få kontrakter i fremtiden. Den private parten i kontrakten risikerer også å bli erstatningsansvarlig overfor underleverandører. I visse tilfeller vil de nevnte forholdene kunne lede til at den private part i kontraktsforholdet går konkurs. Særlig for små og mellomstore leverandører vil konsekvensene av en illeggelse av sanksjonen kunne bli svært alvorlige. Den private parten i kontraktsforholdet vil imidlertid kunne kreve erstatning i visse tilfeller.³⁶ Dette kan føre til at konsekvensene av en illeggelse av sanksjonen *uten virkning* blir mindre alvorlige.

Sanksjonen *uten virkning* kan også virke prosesskapende. På grunn av de potensielt drastiske konsekvensene av en illeggelse av sanksjonen *uten virkning*, kan det tenkes at offentlige oppdragsgivere vil være mer villige til å stå løpet ut for domstolene for å unngå at sanksjonen ilegges.³⁷ Det er derfor en mulighet for at sanksjonen vil kunne få en viss prosesskapende effekt i forholdet mellom oppdragsgiver og leverandører som ikke er tildelt kontrakt.

Der sanksjonen ilegges vil det også kunne oppstå kompliserte spørsmål om hvordan ineffektivitetsoppgjøret mellom kontraktspartene skal gjennomføres, og om leverandøren i kontrakten kan kreve erstatning. Dette er egnet til å skape tvist mellom kontraktspartene, særlig før de sentrale spørsmålene om restitusjon og erstatning får en avklaring i rettspraksis, men sannsynligvis også i ettertid. I tillegg vil sanksjonen kunne ha en prosesskapende effekt i forholdet mellom leverandøren i kontrakten og underleverandører.

En illeggelse av sanksjonen i ett enkelttilfelle vil på denne måten kunne føre til en rekke ressurskrevende tvister mellom partene som direkte eller indirekte berøres av at en kontrakt annulleres. Dette vil også kunne føre til at domstolene får en økt belastning.

³⁶ Se punkt 4

³⁷ Se også punkt 3.4.3

Det er imidlertid ikke gitt at sanksjonen vil få en prosesskapende effekt. Som følge av at kompetansen til å ilegge sanksjoner er flyttet til domstolene, vil kostnadene og den praktiske byrden med å fremme sak om sanksjoner øke vesentlig. Det er da grunn til å tro at mange av de sakene som i dag fremmes for KOFA ikke vil bringes inn for domstolene. Dette gjelder særlig for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. I slike tilfeller vil prosessrisikoen raskt kunne bli for stor til at det er rasjonelt å gå til sak. På denne måten kan flyttingen av sanksjonskompetansen til domstolene medføre at færre saker om regelbrudd behandles. Det er også grunn til å tro at sanksjonen vil ha en sterk preventiv effekt.³⁸ Risikoen for at en kontrakt kan kjennes *uten virkning*, og de drastiske konsekvensene dette vil kunne innebære, er egnet til å redusere antallet regelbrudd og dermed antallet tvister.³⁹

Sanksjonens potensielt svært drastiske konsekvenser for både økonomiske og ideelle interesser tilsier at sanksjonen bør gis et så begrenset virkeområde som mulig, og dermed at sanksjonen ikke bør innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Hensynene sanksjonen bygger på taler imidlertid for at sanksjonen også bør innføres for slike anskaffelser.

I denne forbindelse må det tas i betraktning at de alternative sanksjonene *avkorting* og *overtredelsesgebyr* er innført for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Dersom de alternative sanksjonene i tilstrekkelig grad kan virke preventivt og gjenopprettende for konkurransessituasjonen, er det ikke nødvendig å innføre sanksjonen *uten virkning* i tillegg. For å ta stilling til om de alternative sanksjonene vil kunne ivareta de hensynene sanksjonen *uten virkning* bygger på, må sanksjonene sammenlignes.

Sanksjonen *avkorting* er svært lik sanksjonen *uten virkning*. En kontrakt kan imidlertid bare avkortes med virkning for fremtidig oppfyllelse. Langt på vei har man derfor innført en sanksjon tilnærmet lik *uten virkning* ex nunc for de samme regelbruddene som rammes av ny § 13 første ledd i anskaffelsesloven, for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, jf. ny § 14 første ledd bokstav b og tredje ledd.

³⁸ Dette forutsetter antakelig visse lovendringer, se punkt 3.4.3 og 3.4.4

³⁹ Se dog punkt 3.4.3

Sanksjonen *avkorting* skiller seg fra sanksjonen *uten virkning* ved at retten ut i fra en friere vurdering kan velge å sette avkortingstidspunktet til et senere tidspunkt enn tidspunktet for *uten virkning* med virkning ex nunc.⁴⁰ Sanksjonen *avkorting* er derfor mer fleksibel når det gjelder fastsettelsen av sanksjonens virkninger, men mindre fleksibel ved at den ikke kan gis tilbakevirkende kraft. Sanksjonen vil på grunn av den sistnevnte begrensingen ikke kunne gjenopprette konkurransesituasjonen i like stor grad som *uten virkning* i visse tilfeller kan. Muligheten til å gjenopprette konkurransesituasjonen i større grad kan tilsi at sanksjonen *uten virkning* burde ha vært innført også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Realitetsforskjellen mellom sanksjonene *uten virkning* og *avkorting* er imidlertid svært liten. Slik sanksjonen *uten virkning* er innført, kan den bare ilegges ex tunc ved kjøp av løsøre i visse tilfeller.⁴¹ Det er derfor bare for slike kontrakter at en innføring av sanksjonen *uten virkning* under EØS-terskelverdiene vil kunne ha en sterkere gjenopprettende effekt. For alle andre kontraktstyper vil sanksjonen *avkorting* kunne ilegges med samme virkning som sanksjonen *uten virkning* ex nunc. Med tanke på forskjellene i muligheten for gjenopprettelse av konkurransesituasjonen, er det neppe grunn til å innføre sanksjonen *uten virkning* i tillegg til sanksjonen *avkorting* for kontrakter under EØS-terskelverdiene.

Et alternativ er å åpne for at sanksjonen *avkorting* kan ilegges med tilbakevirkende kraft. I så fall kunne man oppstilt den samme begrensningen for *avkorting* med virkning ex tunc, som for *uten virkning* med tilbakevirkende kraft.

De alternative sanksjonene vil også kunne ha like stor preventiv effekt som sanksjonen *uten virkning*. I forhold til *overtredelsesgebyr* er det imidlertid et vesentlig poeng at denne sanksjonen ikke har noen preventiv effekt overfor leverandører. Ved illeggelse av *overtredelsesgebyr* vil kontrakten fortsatt måtte oppfylles som avtalt. Leverandøren i kontrakten vil derfor ikke rammes av sanksjonen. Sanksjonen *avkorting* er imidlertid

⁴⁰ Jf. NOU 2010:2 s. 119-120

⁴¹ Se anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd og punkt 3.3.3

egnet til å oppmuntre den private part i kontraktsforholdet til å påse at anskaffelsesreglene følges. Det er derfor neppe behov for å innføre sanksjonen *uten virkning* i tillegg.

Ileggelse av sanksjonen *uten virkning* er obligatorisk. For kontrakter under EØS-terskelverdiene er ileggelse av én av de alternative sanksjonene bare obligatorisk ved ulovlige direkte anskaffelser. For de to øvrige regelbruddene som rammes av anskaffelsesloven § 14 tredje ledd, kan retten velge om sanksjoner skal ilegges eller ikke. Friheten til ikke å ilegge sanksjoner vil kunne svekke de alternative sanksjonenes preventive effekt. Dette beror på hvordan de alternative sanksjonene benyttes i praksis. Dette kan tilsi at ileggelse av de alternative sanksjoner bør være obligatorisk, eller at sanksjonen *uten virkning* bør innføres for regelbrudd under EØS-terskelverdiene.

En innføring av sanksjonen *uten virkning* for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, vil kunne føre til en sterkere gjenopprettelse av konkurransesituasjonen ved kjøp av løsøre. Dette kan imidlertid også oppnås ved å åpne for ileggelse av sanksjonen *avkorting* med tilbakevirkende kraft. I alle andre tilfeller vil formålene bak sanksjonen *uten virkning* kunne oppnås ved anvendelse av de alternative sanksjonene. Det er derfor neppe behov for å innføre sanksjonen *uten virkning* også for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

Et videre argument mot å innføre sanksjonen *uten virkning* for anskaffelser under EØS-terskelverdiene er at de alternative sanksjonene er mer fleksible. Sanksjonsreglene som gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdiene gir rom for å ta flere hensyn i betraktning ved vurderingen av om sanksjoner skal ilegges, og fastsettelsen av hvilke virkninger sanksjonene skal ha.⁴² Dette er en styrke ved de alternative sanksjonene sett i forhold til sanksjonen *uten virkning*, som gjør det mulig å tilpasse sanksjonene etter alvorligheten av det regelbruddet som er begått. Dette kan tilsi at de alternative sanksjonene burde ha vært innført i stedet for sanksjonen *uten virkning* for de samme regelbruddene over EØS-terskelverdiene. Dette er imidlertid ikke mulig etter det gjeldende håndhevelsesdirektivet.

⁴² Se punkt 2.2

På denne bakgrunn bør sanksjonen *uten virkning* ikke innføres for brudd under EØS-terskelverdiene.

2.4 Situasjonene hvor sanksjonen skal ilegges

2.4.1 Innledning

De tre typetilfellene hvor sanksjonen *uten virkning* skal ilegges, fremgår av anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b. Situasjonene behandles under punkt 2.4.2 til 2.4.4. Som nevnt rammer sanksjonen *uten virkning* bare anskaffelser over EØS-terskelverdiene. De samme regelbruddene som rammes av § 13 første ledd bokstav b kan imidlertid rammes av sanksjoner også der det er tale om anskaffelser under EØS-terskelverdiene, jf. § 14 første ledd bokstav b og tredje ledd bokstav b. Deler av fremstillingen i det følgende vil derfor også være relevant for virkeområdet til de alternative sanksjonene. Under punkt 2.4.5 drøftes det videre om sanksjonen *uten virkning* bør innføres for andre typer regelbrudd enn de som rammes etter dagens regler.

2.4.2 Ulovlige direkte anskaffelser

Den første typen regelbrudd som rammes av sanksjonen *uten virkning* er ulovlige direkte anskaffelser, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 1.

Bestemmelsen tilsvarende håndhevelsesdirektivet art. 2d nr 1 bokstav a.

Hovedformålet til sanksjonen *uten virkning* er å motvirke ulovlige direkte anskaffelser. Dette fremgår klart av endringsdirektivets forale og forarbeidene til ny § 13 i anskaffelsesloven.⁴³

«For at modvirke ulovlig indgåelse af direkte tildelte kontrakter, der af Domstolen er blevet betegnet som den alvorligste tilsidesættelse af fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende

⁴³ NOU 2010:2 s. 100

myndighed eller ordregiver kan begå, bør der indføres sanktioner, der er effektive, står i et rimeligt forhold til overtrædelsen og har afskrækkende virkning.»⁴⁴

Etter det tidligere håndhevelsessystemet ble ulovlige direkte anskaffelser gjennomført som forutsatt av kontraktspartene. Sanksjonen *uten virkning* innebærer derfor en vesentlig endring i muligheten til å gripe inn overfor ulovlige direkte anskaffelser. Sanksjonen medfører at oppdragsgiver og leverandør, som inngår kontrakt uten forutgående kunngjøring, risikerer at kontrakten annulleres dersom bruddet oppdages. Både oppdragsgiver og leverandør risikerer da betydelige økonomisk tap og andre negative konsekvenser.⁴⁵ På denne måten er sanksjonen egnet til å virke preventivt både i forhold til oppdragsgiver og i forhold til leverandør.

Der en ulovlig anskaffelse allerede har skjedd, er sanksjonens formål å gjenopprette konkurransesituasjonen.⁴⁶

«Retsvirkningen «uden virkning» er den mest effektive måde at genskabe konkurrencen og skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere.»⁴⁷

Når en anskaffelse annulleres må oppdragsgiver foreta hele eller deler av anskaffelsen på nytt. Forutsatt at oppdragsgiver følger anskaffelsesreglene når anskaffelsen skal foretas på nytt, vil potensielle leverandører få en sjanse til å konkurrere om å få anskaffelsen. Ved å kjenne en kontrakt *uten virkning* sikrer man dermed at hele eller deler av anskaffelsen må foretas på nytt i tråd med anskaffelsesregelverket.

Det spesielle med ulovlige direkte anskaffelser er at andre potensielle leverandører normalt ikke får kjennskap til anskaffelsen, og i hvert fall meget sjelden før kontraktsinngåelse. Anskaffelsen får ikke den publisiteten og gjennomsiktigheten som

⁴⁴ Se endringsdirektivets forale premiss 13

⁴⁵ Se punkt 2.3.3

⁴⁶ Se NOU 2010:2 s. 100

⁴⁷ Se endringsdirektivets forale premiss 14

anskaffelsesreglene legger opp til.⁴⁸ En konsekvens av dette er at andre potensielle leverandører ikke får mulighet til å gi tilbud. Øvrige leverandører taper dermed muligheten til å få oppdraget. Oppdragsgiver vil på sin side ofte tape muligheten til å få oppdraget utført på den økonomisk og funksjonelt mest fordelaktige måten. I tillegg må det antas at ulovlige direkte anskaffelser, i hvert fall på lang sikt, fører til mindre effektiv bruk av offentlige ressurser.

En annen konsekvens av at anskaffelsen ikke kunngjøres, er at andre potensielle leverandører normalt heller ikke får noen mulighet til å stanse kontraktsinngåelsen. Ofte blir de ikke kjent med anskaffelsen før levering påbegynnes, eller oppdraget er levert. I noen tilfeller forblir den ulovlige direkte anskaffelsen ukjent for omgivelsene. For å kunne gjenopprette konkurransesituasjonen er man derfor avhengig av en sanksjon som muliggjør inngrep i kontrakt i den postkontraktuelle fasen. Dette er særlig viktig ved ulovlige direkte anskaffelser, da disse ofte er vanskelige å oppdage.

Anskaffelsesregelverket har også som formål å sikre muligheten for etterprøvbarhet og kontroll av offentlige anskaffelser.⁴⁹ Ved ulovlige direkte anskaffelser utarbeides som oftest ikke den dokumentasjon som regelverket krever. Dette gjør det ofte vanskelig å etterprøve og kontrollere anskaffelsesprosessen. Dette kombinert med manglende gjennomsiktighet og publisitet åpner for korrupsjon og kameraderi. Omverdenen får ikke innsyn i anskaffelsesprosessen og heller ingen mulighet til å kontrollere beslutningen. Dette gjør det vesentlig mye enklere å skjule at det er tatt utenforliggende og ulovlige hensyn.

I tillegg til de forannevnte forholdene fører ulovlige direkte anskaffelser til at likebehandlingshensynet tilsidesettes. Et sentralt formål bak anskaffelsesreglene er likebehandling av leverandører innen hele EØS-området.⁵⁰ Når en kontrakt tildeles direkte uten konkurranse får én leverandør fordeler på bekostning av de andre.

⁴⁸ Se anskaffelsesforskriften § 3-1 og *EØS-rett* (2011) s. 617-619

⁴⁹ Se anskaffelsesforskriften § 3-1 og *EØS-rett* (2011) s. 619-622

⁵⁰ Se anskaffelsesforskriften § 3-1 og *EØS-rett* (2011) s. 617-618

De klare tilfellene av ulovlige direkte anskaffelser bryter dermed med alle hensyn og formål som anskaffelsesregelverket skal ivareta. Ulovlige direkte anskaffelser anses derfor som de mest alvorlige bruddene på anskaffelsesregelverket av EU-domstolen.⁵¹

Hva som utgjør en ulovlig direkte anskaffelse er ikke definert i loven, forskriftene eller direktivene. Begrepets innhold er likevel rimelig klart fastlagt. I proposisjonen uttales følgende:

*«Med ulovlig direkte anskaffelse menes en anskaffelse hvor oppdragsgiver i strid med anskaffelsesregelverket ikke har kunngjort en konkurranse.»*⁵²

Av proposisjonen fremgår det videre at § 13 første ledd bokstav b nr 1 vil ha samme anvendelsesområde som det objektive vilkåret i anskaffelsesloven § 7b om *overtredelsesgebyr* (men da bare for anskaffelser over EØS-terskelverdiene).⁵³

Avgjørende for om en direkte anskaffelse er ulovlig, er om denne skulle ha vært kunngjort etter anskaffelses- eller forsyningsforskriften. Selv om innholdet av begrepet ulovlig direkte anskaffelse er rimelig klart fastlagt, er de reglene som kan føre til kunngjøringsplikt, og dermed indirekte til regelbrudd i form av ulovlige direkte anskaffelser, ikke alltid like klare.⁵⁴

Ulovlige direkte anskaffelser omfatter et bredt spekter av regelbrudd. I den ene enden av skalaen har man de klare og grove tilfellene hvor oppdragsgiver inngår kontrakt uten noen form for kunngjøring eller konkurranse. De groveste tilfellene av regelbrudd er forsettlig. Vanlige brudd i denne sammenhengen er oppsplitting av det som i realiteten er én kontrakt for å komme under terskelverdiene, samt forlengelser, utvidelser og endringer i opprinnelig kontrakt uten at kontrakten hjemler dette.⁵⁵ I slike tilfeller er det

⁵¹ Se sak C-26/03 og endringsdirektivets forale premiss 13

⁵² Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

⁵³ l.c.

⁵⁴ Se NOU 2010:2 s. 101-102

⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 62 (2005-2006) s. 26

på det rene at anskaffelsen faller inn under anskaffelsesreglene, og at den skulle ha vært kunngjort eller kunngjort på nytt.

Ved grove brudd settes anskaffelsesregelverket i sin helhet til side. Dette kan skyldes en rekke forskjellige forhold som kan anses som mer eller mindre alvorlige, som for eksempel korrupsjon og kameraderi, ønske om å opprettholde lokal næring eller ønske om å unngå å bruke tid og ressurser på en anskaffelsesprosess, og å sette seg inn i regelverket.

I den andre enden av skalaen har man de tilfellene hvor oppdragsgiver forsøker å følge anskaffelsesreglene, men likevel begår feil. Om en direkte anskaffelse er lovlig er i slike tilfeller ofte tvilsomt. I forbindelse med bedømmelsen av om en kontrakt faller inn under anskaffelsesreglene og derfor må kunngjøres, kan det oppstå en rekke vanskelige grensespørsmål av faktisk eller rettslig art. Det kan blant annet være vanskelig å vurdere om oppdragsgiveren er et offentligrettslig organ som omfattes av anskaffelsesreglene, om det er tale om utførelse av kontrakten i egenregi og om en blandet kontrakt krever kunngjøring. Vanskelige og skjønnsmessige grensespørsmål kan oppstå i forbindelse med mange av de kriteriene som avgrenser anskaffelsesregelverkets virkeområde. Tilsvarende vil det kunne oppstå vanskelige grensetilfeller ved endringer i inngått kontrakt eller endring av konkurransegrunnlaget. I noen slike tilfeller kreves ny kunngjøring. Dette beror på hvor omfattende endringene er.

De potensielt svært alvorlige konsekvensene av sanksjonen *uten virkning*, kombinert med vanskelige grensespørsmål som følger av anskaffelsesregelverket, vil kunne skape stor usikkerhet for en rekke oppdragsgivere og leverandører. Oppdragsgiver kan imidlertid gardere seg mot sanksjonen *uten virkning* ved å benytte seg av frivillige ordninger, jf. anskaffelsesloven § 13 annet ledd første punktum og § 15 femte ledd.⁵⁶

⁵⁶ Se punkt 2.5.3 og 5.3.2

2.4.3 Kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger

Det andre typetilfellet som rammes av sanksjonen *uten virkning*, er brudd på prosedyrereglene for anskaffelser basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2. Bestemmelsen tilsvarer håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 1 bokstav c.

Ordningene med rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er innført både for klassisk sektor og forsyningssektoren.⁵⁷ Innen forsyningssektoren er det imidlertid ikke gitt særskilte prosedyreregler for anskaffelser basert på rammeavtaler.⁵⁸ Anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2 kommer derfor ikke til anvendelse på slike anskaffelser. Ettersom det ikke gjelder regler om rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger for anskaffelser etter bestemmelsene i forsyningsforskriften del III kap. 13 (plan- og designkonkurranser),⁵⁹ og anskaffelsesforskriften del IV (plan- og designkonkurranser, bygge- og anleggskonsesjoner, og bygge- og anleggskontrakter for sosiale formål),⁶⁰ kommer bestemmelsen heller ikke til anvendelse ved slike anskaffelser.

Rammeavtaler er avtaler mellom én eller flere oppdragsgivere og én eller flere leverandører, og har som formål å fastsette vilkårene for leveranser som gjøres i en fast periode, særlig med hensyn til pris og mengde, jf. anskaffelsesforskriften § 4-2 bokstav f. Rammeavtaler tildeles etter de samme prosedyrene som for øvrige offentlige anskaffelser, jf. anskaffelsesforskriften § 15-1 første ledd. Ved rammeavtaler forplikter leverandører seg til å levere et bestemt antall varer, tjenester eller bygg- og anleggsarbeider til en bestemt pris på nærmere fastsatte vilkår over et bestemt tidsrom. Anskaffelser basert på rammeavtaler, såkalte anrop, kan foretas uten konkurranse etter de alminnelige reglene. I rammeavtaler med flere leverandører kreves det imidlertid at det avholdes en «mini»-konkurranse dersom ikke alle vilkårene er fastsatt i rammeavtalen, jf. anskaffelsesforskriften § 15-3 tredje ledd.⁶¹

Ordningen med rammeavtaler er tidsbesparende og kostnadseffektiv. Under rammeavtalen kan oppdragsgiver få utført nødvendige oppdrag etter behov, og da etter

⁵⁷ Se anskaffelsesforskriften kap. 15 og forsyningsforskriften kap. 6

⁵⁸ Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

⁵⁹ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

⁶⁰ Se NOU 2010:2 s. 135, 137 og 138, og Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

⁶¹ Dragsten (2006) s. 105-106

en mindre tid- og ressurskrevende prosess enn ellers. Rammeavtaler er derfor godt egnet dersom det regelmessig er behov for anskaffelser på kort varsel.

Dynamiske innkjøpsordninger har mye til felles med rammeavtaler. Dynamiske innkjøpsordninger fungerer som en åpen elektronisk rammeavtale, hvor alle som er kvalifiserte kan delta, jf. anskaffelsesforskriften § 15-4 og forsyningsforskriften § 6-2.⁶² All kommunikasjon foregår elektronisk.

De nye reglene om karenstid må innføres for de fleste offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdiene, jf. håndhevelsesdirektivet art. 2a. For innkjøp under rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger kan medlemsstatene imidlertid velge å gjøre unntak fra reglene om karenstid, jf. art. 2b første ledd bokstav c. Dette henger sammen med innkjøpsordningenes formål. Det sentrale med rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er at anskaffelser kan skje raskere og mer effektivt enn etter de alminnelige prosedyrereglene. Tvungen innføring av karenstid for det enkelte anrop ville kunne svekke formålet med disse ordningene.⁶³ Slike anskaffelser ville da kunne bli mer tid- og kostnadskrevende enn tidligere.

For rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er det derfor innført et unntak fra de nye reglene om karenstid. Til gjengjeld er det innført en bestemmelse om *uten virkning* for brudd på prosedyrereglene som gjelder for slike ordninger. Innføring av sanksjonen *uten virkning* for brudd på prosedyrereglene for anskaffelser basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, er obligatorisk dersom det er gjort unntak fra reglene om karenstid og suspensjonstid, jf. art 2d nr. 1 bokstav c.

Formålet med de nye reglene om karenstid er å gi leverandører betenkningstid og anledning til å gripe inn overfor ulovlige anskaffelser.⁶⁴ Unntaket fra disse reglene vanskeliggjør prekontraktuell håndhevelse av anskaffelsesreglene. For å forhindre misbruk av ordningene med rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger er man

⁶² Se anskaffelsesforskriften § 15-4 og forsyningsforskriften § 6-2 og Dragsten (2006) s. 105-106

⁶³ Se endringsdirektivets forale premiss 9

⁶⁴ Se endringsdirektivets forale premiss 4

avhengig av en sanksjon som kan virke preventivt. I tillegg medfører unntak fra reglene om karenperiode et økt behov for effektive postkontraktuelle sanksjoner. Uten en gjenopprettende sanksjon ville ulovlige anskaffelser basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger bli stående på tilsvarende måte som tidligere.

Anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2 oppstiller to vilkår for at en kontrakt skal kjennes *uten virkning*. Kontrakten må for det første være inngått under en rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning som beskrevet i anskaffelsesforskriften kapittel 15 eller forsyningsforskriften kapittel 6. For det andre kreves det at kontrakten er tildelt i strid med prosedyrereglene som gjelder for anskaffelser etter slike ordninger. For anskaffelser basert på rammeavtaler finnes det bare prosedyreregler i anskaffelsesforskriften, og da bare for anskaffelser basert på rammeavtaler med flere leverandører, jf. anskaffelsesforskriften § 15-3. For anskaffelser basert på rammeavtaler etter anskaffelsesforskriften er det derfor bare brudd på prosedyrereglene i § 15-3 tredje ledd som rammes av sanksjonen *uten virkning*.

Ordlyden i anskaffelsesloven § 13 først ledd bokstav b nr. 2 er mer vidtfavnende enn det som kreves etter håndhevelsesdirektivet. Etter bestemmelsen rammes alle tildelinger av kontrakter basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger som er tildelt «i strid med forskrift gitt i medhold av loven». Av anskaffelsesforskriften § 22A-1 første ledd bokstav b nr. 2 fremgår det at det for rammeavtaler er brudd på forskriftens § 15-3 tredje ledd som rammes.⁶⁵ Slik lovteksten står, utelukker den ikke anvendelse av bestemmelsen på andre regelbrudd. Med en såpass drastisk sanksjon som *uten virkning*, er det mulig at det hadde det vært en fordel å presisere hvilke forskriftsbrudd som faller inn under bestemmelsen i lovteksten. Dette for å styrke forutberegneligheten for berørte parter. Lovtekniske hensyn tilsier imidlertid at lovbestemmelsen burde bli stående som den er for å kunne ta høyde for forskriftsendringer.

⁶⁵ Endringene i forskriftene er ennå ikke inntatt. De forskriftsbestemmelsene som det vises til her (anskaffelsesforskriften § 22A-1 og forsyningsforskriften 12A-1) er de som fremgår av NOU 2010:2 (se s. 241-248) korrigert på bakgrunn av endringsloven til lov om offentlige anskaffelser.

For dynamiske innkjøpsordninger er det brudd på reglene i anskaffelsesforskriften § 15-4 og forsyningsforskriften § 6-2 som omfattes, jf. anskaffelsesforskriften § 22A-1 første ledd bokstav b nr. 2 og forsyningsforskriften § 12A-1 første ledd bokstav b nr. 2.

Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger setter begrensninger for hva som kan anskaffes uten kunngjøring og konkurranse. Dersom en anskaffelse går ut over det rammeavtalen eller den opprettede dynamiske innkjøpsordningen omfatter, regnes anskaffelsen som en ulovlig direkte anskaffelse. Det samme gjelder ved anskaffelser basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger som ikke er opprettet i samsvar med anskaffelsesregelverket. Slike regelbrudd rammes av § 13 første ledd bokstav b nr. 1 som gjelder for alle ulovlige direkte anskaffelser.

2.4.4 Brudd på prosedyreregler i forskrift i kombinasjon med brudd på reglene om karenperiode eller suspensjonstid

Den tredje situasjonen hvor sanksjonen *uten virkning* skal ilegges følger av anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3, som tilsvarer håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 1 bokstav b. Bestemmelsen rammer de tilfellene der oppdragsgiver har brutt én eller flere prosedyreregler i en av forskriftene og i tillegg har brutt de nye reglene om karenperiode eller suspensjonstid.

Anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3 har som hovedformål å effektivisere de nye reglene om karenperiode og suspensjonstid.⁶⁶ Formålet med de sistnevnte reglene er å gi forbigåtte leverandører en mulighet til å angripe tildelingsbeslutningen, og på denne måten få endret flest mulige ulovlige tildelingsbeslutninger før kontrakt inngås.⁶⁷

Reglene om karenperiode hindrer at oppdragsgiver og leverandør inngår kontrakt før de andre leverandørene har fått tid til å vurdere tildelingsbeslutningen og eventuelt fremme sak. Tilsvarende hindrer reglene om suspensjonstid at oppdragsgiver og

⁶⁶ Se endringsdirektivets forale premiss 18

⁶⁷ *ibid.* premiss 4

leverandør inngår kontrakt samtidig som midlertidig forføyning behandles av tingretten. Kontraktsinngåelse kan først skje etter at tingretten har tatt stilling til begjæringen.

Fristreglene legger opp til at feil i anskaffelsesprosessen skal rettes så tidlig som mulig. Det er en fordel for alle parter at feil rettes opp før kontraktsinngåelse. En sak om ileggelse av sanksjoner vil normalt være mye mer ressurskrevende enn sak om annullering av tildelingsbeslutning. Postkontraktuelle sanksjoner får som hovedregel også større negative konsekvenser enn en annullering av en tildelingsbeslutning. Sanksjonen *uten virkning* kan virke gjenopprettende for konkurransesituasjonen, men det er normalt mye mer effektivt å forhindre at feil begås enn å korrigere feil i ettertid. Ved å legge opp til en retting av feil i anskaffelsesprosessen før kontrakt inngås, sikrer man en mer effektiv etterlevelse av anskaffelsesregleverket.

Hvor enkelt feilen lar seg rette på dette stadiet i anskaffelsesprosessen, beror på hva slags feil det er tale om. Dersom feilen knytter seg til tildelingsbeslutningen, vil det være enklere å rette denne enn dersom feilen knytter seg til ulovlige tildelingskriterier i konkurransegrunnlaget. I sistnevnte tilfelle må konkurransegrunnlaget uansett endres og anskaffelsen utlyses på nytt.⁶⁸ Reglene er derfor best egnet til å rette feil som knytter seg til tildelingsbeslutningen.

For effektivt å kunne forhindre, og eventuelt korrigere, brudd på fristreglene er man avhengig av postkontraktuelle sanksjoner. Ved å kombinere fristreglene med sanksjonen *uten virkning* gir man oppdragsgiver og medkontrahent sterke insentiver for å overholde fristreglene. Uten en sanksjon mot brudd på fristreglene er det en fare for at slike regelbrudd ville ha blitt ignorert. Insentivene for å inngå kontrakt så fort som mulig etter tildelingsbeslutning ville da fortsatt ha vært sterke.

Anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3 oppstiller fire kumulative vilkår for ileggelse av sanksjonen *uten virkning*. Vilkårene behandles fortløpende i det følgende.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må oppdragsgiver for det første ha foretatt «brudd på forskrifter gitt i medhold av loven». Av forarbeidene fremgår det at

⁶⁸ Sak C-448/01

ethvert forskriftsbrudd som ikke faller inn under de to forutgående bestemmelsene om ulovlige direkte anskaffelser og brudd på regler om innkjøp basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, jf. § 13 første ledd bokstav b henholdsvis nr. 1 og 2, vil medføre at vilkåret er oppfylt.⁶⁹ Vilkåret favner med dette en stor mengde uensartede forskriftsbrudd.

For det andre er det et vilkår at forskriftsbruddet «har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten». Med dette oppstilles et krav om årsakssammenheng mellom oppdragsgivers regelbrudd og leverandørens *mulighet* til å få kontrakten.⁷⁰ Det kreves ikke at leverandøren faktisk ville ha blitt tildelt kontrakten. Det kreves bare at muligheten til å få kontrakten har blitt påvirket av forskriftsbruddet.

Om det er årsakssammenheng mellom forskriftsbruddet og leverandørens mulighet til å få kontrakten må vurderes konkret. Hva som kreves er noe uklart. Av forarbeidene fremgår det at den nærmere fastleggingen av innholdet til kravet om årsakssammenheng overlates til nasjonale domstoler og EU-domstolen.⁷¹

Det er neppe tilstrekkelig at det foreligger en rent teoretisk sjanse for at muligheten til å få kontrakten er påvirket. Det må påvises at muligheten til å få tildelt kontrakten faktisk har vært påvirket. Sentralt i denne forbindelse er om overtredelsen etter sin *art* er egnet til å påvirke muligheten til å få kontrakten. Ulovlig avvisning av leverandør eller tilbud vil som oftest innebære at dette vilkåret er oppfylt.⁷² Også ulovlige tildelingskriterier, vektlegging av ulovlige hensyn ved tildelingen av en kontrakt og brudd på forhandlingsforbudet vil være praktiske regelbrudd i denne sammenheng.⁷³

I de tilfellene hvor leverandøren kan sannsynliggjøre at muligheten til å få kontrakten har vært påvirket av forskriftsbruddet, vil vilkåret likevel ikke være oppfylt dersom

⁶⁹ Jf. Prop. 12 L (2011-2012) s. 83

⁷⁰ Jf. NOU 2010:2 s. 103-104

⁷¹ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 103

⁷² Se f.eks. anskaffelsesforskriften §§ 20-12 til 20-14

⁷³ Se bl.a. anskaffelsesforskriften § 21-1

oppdragsgiver kan sannsynliggjøre at tilbudet, eller andre forhold ved leverandøren, hadde medført at leverandøren ikke ville ha blitt tildelt kontrakten.⁷⁴

Vilkåret om årsakssammenheng er sannsynligvis det vilkåret som vil volde mest tvil i praksis. En lignende problemstilling har man der en leverandør krever erstatning for positiv kontraktsinteresse som følge av brudd på anskaffelsesreglene.⁷⁵ I slike tilfeller kreves det imidlertid at leverandøren sannsynliggjør at han ville ha blitt tildelt kontrakten dersom regelbruddet ikke var begått. I tillegg oppstilles det et krav om klar sannsynlighetsovervekt.⁷⁶ Etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3 er det tilstrekkelig at *muligheten* til å bli tildelt kontrakten er påvirket. Til forskjell fra erstatningssakene kan det heller ikke oppstilles noe krav om klar sannsynlighetsovervekt.

For det tredje må oppdragsgiver «samtidig ha brutt reglene om karenperiode eller suspensjon». Reglene om karenperiode er innført i anskaffelsesforskriften §§ 22-3 og 22-3a, og forsyningsforskriften §§ 11-4 og 11-4a.⁷⁷ Bestemmelsene bygger på håndhevelsesdirektivet art. 1 nr. 5, art. 2 nr. 3 og art. 2a nr. 2.

Reglene om karenperiode innebærer at det skal gå minst 10 eller 15 dager mellom meddelelse om tildelingsbeslutning og kontraktsinngåelse. Dersom meddelelse om tildelingsbeslutning sendes elektronisk eller ved telefaks, må oppdragsgiver overholde en karenperiode på minst 10 dager. Dersom meddelelsen sendes på annen måte, vil karenperioden måtte være på minimum 15 dager. Oppdragsgiver kan fritt fastsette en lenger karenperiode. Dersom en lenger karenperiode er fastsatt, vil denne være avgjørende for om reglene er brutt. Karenperioden løper fra dagen etter meddelelsen om tildelingsbeslutning er sendt.

Dersom det tas ut midlertidig forføyning mot tildelingsbeslutningen, kommer reglene om suspensjonstid til anvendelse. Reglene om suspensjonstid innebærer at kontrakt ikke kan inngås før retten har tatt stilling til begjæring om midlertidig forføyning. Kontraktsinngåelsen suspenderes fra det tidspunktet begjæring om midlertidig

⁷⁴ Jf. NOU 2010:2 s. 104

⁷⁵ I.c.

⁷⁶ Se Rt. 2001 s. 1062

⁷⁷ Se NOU 2010:2 s. 241-248, endringene er ennå ikke inntatt i forskriftene

forføyning er forkynt for oppdragsgiver. Det er ikke gitt særregler om midlertidig forføyning i saker om offentlige anskaffelser. Adgangen til å begjære midlertidig forføyning i anskaffelsessaker reguleres av de alminnelige reglene om midlertidig sikring i tvisteloven del VII, jf. ny § 9 første ledd første punktum i anskaffelsesloven.

Forutsatt at karenstiden er utløpt, kan kontrakt inngås straks retten har avgjort at begjæringen ikke skal tas til følge. Dersom retten beslutter midlertidig forføyning avløses suspensjonstiden av kjennelsen. Midlertidige forføyninger har som hovedregel virkning fra kjennelsen er avsagt, jf. tvisteloven § 34-3 (2) fjerde punktum forutsetningsvis. Dette innebærer at kontrakt ikke kan inngås før saken er endelig avgjort, eller den midlertidige forføyningen har bortfalt.

Regelen om suspensjonstid kommer til anvendelse også der oppdragsgiver frivillig har overholdt en karenstid.⁷⁸ Der oppdragsgiver har plikt til å fastsette en karenstid, men ikke har gjort det, kommer regelen om suspensjonstid ikke til anvendelse.⁷⁹

Dersom kontrakt inngås før utløpet av karenstiden, eller i suspensjonstiden, vil vilkåret være oppfylt.

Departementet forutsatte ved vurderingen av reglene om suspensjonstid at bestemmelsene om erstatning i tvisteloven § 32-11 ikke kommer til anvendelse der kontraktsinngåelse suspenderes ved midlertidig forføyning.⁸⁰ Etter departementets oppfatning kan oppdragsgiver ikke kreve erstatning for lidt tap som følge av feil midlertidig forføyning i slike tilfeller. Departementet fant heller ikke grunn til å innføre egne regler om objektivt erstatningsansvar for de aktuelle tilfellene. Departementet begrunnet dette med at terskelen for å begjære midlertidig forføyning ville kunne bli for høy dersom erstatning skulle kunne kreves i slike tilfeller. Om tvisteloven § 32-11 kommer til anvendelse der inngåelsen av en kontrakt har vært feilaktig suspendert, er ikke klart. Støtte for departementets tolkning kan hentes fra endringsdirektivets bestemmelser som pålegger myndighetene å sørge for at leverandører har effektive virkemidler mot ulovlige offentlige anskaffelser. En erstatningsregel som innebærer en vesentlig økt risiko for økonomisk tap for leverandører som velger å begjære midlertidig forføyning i de aktuelle

⁷⁸ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 29

⁷⁹ *ibid.* s. 29-30

⁸⁰ *ibid.* s. 30-31

tilfellene, vil kunne føre til at systemet med prekontraktuell håndhevelse blir ineffektivt. Dette vil kunne være i strid med håndhevelsesdirektivet.

Av det fjerde vilkåret følger det at bruddet på reglene om karenperiode og suspensjonstid må ha «fratatt leverandøren mulighet til å iverksette rettslige skritt forut for kontraktsinngåelse». Av forarbeidene fremgår det at tilbudsgivere i utgangspunktet alltid skal kunne forholde seg til fastsatt karenperiode og suspensjonstid.⁸¹

Tilbudsgiver skal trygt kunne innrette seg etter at rettslige skritt kan tas på et hvilket som helst tidspunkt i løpet av karenperioden eller suspensjonstiden. Dersom kontrakt inngås i en av disse tidsperiodene, vil vilkåret i utgangspunktet være oppfylt.

Bestemmelsen åpner ikke for en skjønnsmessig vurdering av om tilbudsgiveren faktisk hadde mulighet til å klage, og burde gjort det, på et tidligere tidspunkt.⁸² Tilsvarende vil vilkåret være oppfylt dersom oppdragsgiver helt unnlater å fastsette en karenperiode.

Der oppdragsgiver har satt en preklusiv søksmålsfrist etter anskaffelsesloven § 9 tredje ledd, kan adgangen til å ta rettslige skritt være forspilt dersom denne fristen er utløpt. Dersom kontrakt inngås i karenperioden eller suspensjonstiden etter en slik preklusiv frist, vil det være den preklusive fristen og ikke bruddet på karenperioden eller suspensjonstiden som er til hinder for å ta rettslige skritt. Vilkåret vil dermed ikke være oppfylt i slike tilfeller.⁸³

Videre utgjør manglende eller mangelfull begrunnelse også brudd på reglene om karenperiode, jf. anskaffelsesforskriften § 22-3. Dersom meddelelse om tildeling er mottatt, vil tilbudsgiveren likevel ha mulighet til å ta rettslige skritt. Slike brudd på reglene om karenperiode vil derfor ikke nødvendigvis medføre at vilkåret er oppfylt.⁸⁴

⁸¹ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 84

⁸² l.c.

⁸³ l.c.

⁸⁴ l.c.

2.4.5 Bør sanksjonen innføres for andre typer regelbrudd?

Ny § 13 i anskaffelsesloven gjennomfører sanksjonen *uten virkning* for de typene regelbrudd som er påkrevd etter håndhevelsesdirektivet art. 2d. I likhet med spørsmålet om sanksjonen *uten virkning* bør innføres for anskaffelser under EØS-terskelverdiene, kan det stilles spørsmål ved om sanksjonen bør innføres for andre typer brudd på reglene om offentlige anskaffelser.

Hensynene mot å innføre sanksjonen *uten virkning* for anskaffelser under EØS-terskelverdiene som er fremhevet i forarbeidene, og drøftet under pkt. 2.3.3, taler generelt i mot å innføre sanksjonen *uten virkning*, og dermed også mot å innføre sanksjonen for andre typer brudd. Se punkt 2.3.3 for en gjennomgang av disse hensynene.

Det må tas i betraktning at mange regelbrudd vil kunne rammes av den nye regelen om forskriftsbrudd i kombinasjon med brudd på reglene om karenperiode eller suspensjonstid i anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3.⁸⁵ Det kan imidlertid tenkes tilfeller der oppdragsgiver begår grove brudd på anskaffelsesreglene uten at reglene om karenperiode eller suspensjonstid brytes.

Det sentrale spørsmålet i denne sammenhengen er om det finnes andre typetilfeller der behovet for en sanksjon som kan virke preventivt og gjenopprettende er like stort som i de situasjonene som rammes av sanksjonen *uten virkning*. Dette beror i stor grad på hvor alvorlig regelbrudd det er tale om, og hvor vanskelig det er å oppdage regelbruddet forut for kontraktsinngåelse. Dersom regelbruddet er lett å oppdage, vil det ofte kunne korrigeres før kontrakt inngås. Behovet for en sanksjon, som gjør det mulig å gripe inn etter kontraktsinngåelse, er da ikke like stort.

Det kunne for eksempel ha vært hensiktsmessig å innføre sanksjonen *uten virkning* for de tilfeller der oppdragsgiver har brutt forbudet mot forhandlinger i anskaffelsesforskriften § 21-1. Slike brudd innebærer også brudd på det grunnleggende

⁸⁵ Se punkt 2.4.4

prinsippet om likebehandling, og må gjennomgående regnes som alvorlige. Slike brudd kan også være vanskelige å oppdage. Tilsvarende kan det tenkes at sanksjonen bør innføres for de tilfellene der oppdragsgiver har tildelt kontrakten til en leverandør som skulle ha vært avvist etter anskaffelsesforskriften § 20-12, eller der oppdragsgiver skulle ha avvist tilbudet etter §§ 20-13 eller 20-14. Slike regelbrudd må også regnes som alvorlige, og vil kunne være vanskelige å oppdage før kontrakt er inngått.

På bakgrunn av de hensynene som er fremhevet under punkt 2.3.3 er det tvilsomt om sanksjonen *uten virkning* bør innføres for andre typer brudd på regelen om offentlige anskaffelser. For visse alvorlige brudd som for eksempel de forannevnte, ville det imidlertid være en stor fordel ha mer effektive sanksjoner. Det bør derfor innføres sanksjoner mot slike alvorlige regelbrudd, men de alternative sanksjonene er antakelig bedre egnet enn sanksjonen *uten virkning*.⁸⁶

2.5 Unntak

2.5.1 Innledning

For å unngå at sanksjonen *uten virkning* skal føre til sterkt samfunnsskadelige resultater, er det innført en unntaksregel som innebærer at en kontrakt kan opprettholdes på grunnlag av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Denne unntaksregelen behandles under punkt 2.5.2. For å bøte på den usikkerheten sanksjonen *uten virkning* kan medføre for kontrakter med offentlig oppdragsgiver, er det også innført to unntaksregler i anskaffelsesloven § 13 annet ledd. Oppdragsgiver kan ved å benytte seg av nærmere bestemte prosedyrer gardere seg mot illeggelse av sanksjonen. De sistnevnte unntaksreglene behandles under punkt 2.5.3 og 2.5.4.

2.5.2 Vesentlige hensyn til allmennhetens interesser

Etter anskaffelsesloven § 13 tredje ledd kan det gjøres unntak fra sanksjonen *uten virkning* der «vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten». Bestemmelsen tilsvarer håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 3.

⁸⁶ Se punkt 2.3.3 i.f.

Medlemsstatene har valgfrihet med hensyn til om bestemmelsen skal innføres eller ikke. Unntaket er fakultativt for de fleste anskaffelser. Retten kan velge å kjenne kontrakten *uten virkning* selv om bestemmelsens vilkår er oppfylt. For anskaffelser som «i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser» er unntaket obligatorisk, jf. § 13 tredje ledd annet punktum.

En rekke kontrakter om offentlige anskaffelser er viktige for å opprettholde nødvendige samfunnsfunksjoner, som for eksempel politi, helsevesen og samferdsel.

En anvendelse av sanksjonen *uten virkning* på kontrakter som er nødvendige for å opprettholde slike tjenester vil som nevnt kunne få store negative konsekvenser for allmennheten. For å unngå at sanksjonen fører til omfattende samfunnsskadelige resultater er det innført unntak for slike tilfeller.

Det første spørsmålet som oppstår ved vurderingen av den aktuelle unntaksregelen, er hvilke «interesser» som er relevante å ta i betraktning. Typiske eksempler på relevante hensyn er fare for liv og helse, miljøhensyn, og sikkerhetshensyn.⁸⁷ Bestemmelsen vil blant annet kunne komme til anvendelse ved anskaffelse av medisinsk utstyr, forsvars- eller politimateriell eller opprydding etter forurensning. De nevnte tilfellene faller inn under bestemmelsens kjernevirkeområde.

Økonomiske hensyn vil derimot bare være relevante «hvis det i ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmessige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning», jf. håndhevelsesdirektivet art. 2 d nr. 3 annet ledd.⁸⁸ Dette innebærer at det svært sjelden vil kunne bli tale om å gjøre unntak fra sanksjonen *uten virkning* på grunnlag av økonomiske hensyn. Relevante økonomiske interesser er definert i håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 3 annet og tredje ledd. Av tredje ledd følger det videre at økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten aldri kan utgjøre vesentlige hensyn til allmennhetens interesser. Bestemmelsen inneholder noen eksempler på

⁸⁷ Se NOU 2010:2 s. 114

⁸⁸ *ibid.* s. 113-114

økonomiske interesser som anses direkte tilknyttet kontrakten. Kostnader ved forsinket utførelse av kontrakten, ny anskaffelsesprosedyre, bytte av leverandør og kostnader av rettslige forpliktelser som oppstår som følge av illeggelse av sanksjonen, regnes som økonomiske interesser direkte knyttet til kontrakten.⁸⁹ Dette omfatter langt de fleste økonomiske konsekvensene av at en kontrakt kjennes *uten virkning*.

Bare økonomiske hensyn av mer indirekte karakter kan vektlegges. Det sentrale her er at det bare er allmennhetens, og ikke kontraktspartenes, økonomiske tap som vil kunne tas i betraktning. Annullering av en kontrakt vil for eksempel kunne medføre at viktige transportmuligheter gjøres utilgjengelige, så som ved stenging av en tunnel eller bro. Dette kan medføre at en større gruppe utenforstående næringsdrivende eller private personer lider økonomisk tap ved at de må benytte seg av alternative transportmetoder. Tilsvarende økonomiske hensyn vil kunne tas i betraktning, men det økonomiske tapet må være uforholdsmessig stort og ramme en større gruppe individer.

Håndhevelsesdirektivet setter ikke kvalitative begrensninger for hvilke hensyn som kan tas i betraktning utover dette.

At økonomiske hensyn direkte knyttet til kontrakten ikke er relevante for vesentlighetsvurderingen fremgår ikke av verken anskaffelsesloven eller forskriftene. Tilsvarende fremgår det heller ikke at mer indirekte økonomiske interesser bare i helt ekstraordinære tilfeller kan vektlegges. Håndhevelsesdirektivet utelukker at en rekke økonomiske interesser, som vil gjør seg gjeldende i de fleste saker og som ellers ville måtte tillegges betydelig vekt, kan vektlegges. Ved vurderingen av om unntaksregelen kommer til anvendelse, må det derfor ses hen til direktivteksten og forarbeidene. Dette er en lite heldig regelkonstruksjon. Lovgivning gjennom forarbeider er egnet til å svekke rettsreglenes forutberegnelighet. En så omfattende kvalitativ begrensning av relevante hensyn burde ha vært inntatt i lov- eller forskriftsteksten.

Det neste spørsmålet som oppstår er hva som utgjør «allmennheten» i bestemmelsens forstand. Hvordan grensen for hva som utgjør allmennheten skal trekkes må vurderes

⁸⁹ *ibid.* s. 113-114

konkret. Det er ikke mulig å skarpt avgrense eller uttømmende angi hvilke grupper som faller inn under begrepet.

Begrepet setter likevel visse ytre rammer for hvilke grupper som kan utgjøre allmennheten. Uttrykket allmennhetens interesser utelukker at det kan legges vekt på interessene til enkeltindivider eller en mer begrenset krets av personer. Mer avgrensede og små samfunnsgrupper med særlige interesser faller utenfor. Typiske eksempler for hva som utgjør allmennheten i bestemmelsens forstand er befolkningen i en kommune, et fylke eller landsdel. Også samfunnsgrupper av en viss størrelse som har behov for tjenester fra det offentlige vil falle inn under begrepet. Dersom for eksempel en nærmere avgrenset gruppe av pasienter vil rammes av at en kontrakt om anskaffelse av medisinsk utstyr kjennes *uten virkning*, vil denne gruppen kunne falle inn under begrepet.

Begrepet allmennheten må ses i sammenheng med vesentlighetskriteriet. Dersom konsekvensene av at en kontrakt kjennes *uten virkning* er alvorlige, bør det være tilstrekkelig at en mindre gruppe individer rammes. Dette vil for eksempel være tilfellet der en liten gruppe individer ikke får nødvendige forsyninger av vann og elektrisitet, eller hindres i å oppsøke hjelp fra politi eller helsetjeneste i akutte situasjoner. Tilsvarende bør det kreves at større samfunnsgrupper rammes dersom det er tale om mindre praktiske utfordringer som for eksempel forsinkelser i offentlige kommunikasjon som følge av at sanksjonen vil kunne medføre en utsettelse av utbedringer.

Hvor «vesentlige» interesser det må være tale om, lar seg heller ikke klart definere. Av håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 3 første ledd følger det at det skal foretas en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering av «alle relevante aspekter». Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen skal tolkes snevert.⁹⁰ Den nærmere terskelen for når unntaket kan anvendes forutsettes trukket opp i rettspraksis fra EU-domstolen og nasjonale domstoler.⁹¹

⁹⁰ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 85

⁹¹ Se NOU 2010:2 s. 113

I de aller fleste tilfellene sanksjonen *uten virkning* benyttes, vil det få store negative økonomiske og praktiske konsekvenser for oppdragsgiver og leverandør. Ileggelse av sanksjonen vil normalt også gå utover allmennheten. Det er klart at de negative konsekvensene av å ilegge sanksjonen *uten virkning* må overstige det som normalt vil være tilfellet ved annullering av en kontrakt om offentlige anskaffelser.

Ved vurderingen av om vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger, skal det særlig legges vekt på sanksjonens formål.⁹² Sanksjonen skal både motvirke brudd på anskaffelsesregelverket og gjenopprette konkurransesituasjonen. Unntaket kan ikke gis en rekkevidde som svekker oppnåelsen av disse formålene i vesentlig grad.

Et viktig moment i vurderingen vil være hvor grovt bruddet på anskaffelsesreglene er. Dreier det seg for eksempel om en forsettlig ulovlig direkte anskaffelse vil terskelen for anvendelsen av unntaket måtte settes høyt. Ved mindre alvorlige regelbrudd vil det kunne stilles lempeligere krav. Vilkårene i bestemmelsen må ses i sammenheng. Det må tas i betraktning hvor langvarig allmennhetens interesser vil rammes, hvor stor samfunnsgruppen som vil rammes er, og hvor alvorlig denne samfunnsgruppen vil rammes av at kontrakten kjennes *uten virkning*.

Av anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd annet punktum følger en særregel om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. «Dersom konsekvensen av at kontrakten kjennes *uten virkning* i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for Norges sikkerhetsinteresser», kan kontrakten ikke kjennes *uten virkning*. Regelen er neppe særlig praktisk i dagens samfunn. I mange slike tilfeller ville man uansett kunne se bort fra anskaffelsesregelverket med grunnlag i nasjonale eller folkerettslig regler om nødrett.

⁹² l.c.

2.5.3 Frivillig intensjonskunngjøring og karenperiode

Etter håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 4 er Norge forpliktet til å innføre unntak fra sanksjonen *uten virkning* for de tilfellene oppdragsgiver har foretatt en frivillig intensjonskunngjøring og har overholdt en karenperiode på minst ti dager.

Bestemmelsen er gjennomført ved anskaffelsesloven § 13 annet ledd første punktum.

Ved innføringen av sanksjonen *uten virkning* på EU/EØS-nivå var man oppmerksomme på at sanksjonen ville kunne svekke forutberegneligheten i kontrakter som inngås med offentlige oppdragsgivere. For å bøte på denne usikkerheten innførte man en obligatorisk unntaksregel om frivillig kunngjøring og karenperiode.⁹³

Ved frivillig intensjonskunngjøring sikrer oppdragsgiver at hensynene til publisitet og gjennomsiktighet ivaretas. Informasjon om anskaffelsen blir offentlig tilgjengelig, og øvrige leverandører kan få innsyn i anskaffelsesprosessen. Ved frivillig overholdelse av karenperiode får andre potensielle leverandører også tid til å vurdere om den direkte anskaffelsen er lovlig, og mulighet til å suspendere kontraktsinngåelsen. På denne måten sikrer man at eventuelle regelbrudd kan avdekkes før kontrakt inngås, og at anskaffelsesprosessen kan startes på nytt ved at det kunngjøres konkurranse i tråd med regelverket. Kunngjøringen åpner også for etterfølgende kontroll av tildelingsbeslutningen.

Dersom oppdragsgiver kunngjør anskaffelsen i Den Europeiske Unions Tidende (TED-databasen), og i tillegg overholder en karenperiode på minst ti dager etter kunngjøringen, vil ikke sanksjonen *uten virkning* kunne ilegges etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 1.

En ulempe med denne ordningen er at det kan være tid- og kostnadskrevende å utarbeide en slik kunngjøring. En frivillig karenperiode vil også føre til at eventuelle anskaffelser må utsettes i en kort periode. Dette kan være en ulempe dersom behovet er akutt. Det er derfor tvilsomt om denne adgangen til å gardere seg mot sanksjonen *uten*

⁹³ Se endringsdirektivets fortale premiss 26

virkning vil benyttes ofte i det praktiske liv. Konsekvensen av å avstå fra å overholde de nevnte frivillige reglene kan imidlertid bli svært drastiske, og vil kunne føre til langt større negative praktiske og økonomiske konsekvenser for kontraktspartene enn det frivillige alternativet. For oppdragsgivere som er i tvil om en direkte anskaffelse er lovlig bør denne muligheten benyttes.

Unntaket er obligatorisk. Dersom vilkårene er oppfylt kan ikke sanksjonen *uten virkning* ilegges. Bestemmelsen gjør bare unntak for ulovlige direkte anskaffelser. Ved brudd på reglene om karenperiode og suspensjon, og reglene om innkjøp etter rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2 og 3, kommer unntaksregelen ikke til anvendelse.

Unntaksregelen skiller ikke mellom om oppdragsgiver var i aktsom god tro eller ikke. Selv om oppdragsgiver på tidspunktet for anskaffelsen burde ha vært klar over at denne var ulovlig, vil regelen komme til anvendelse dersom vilkårene er oppfylt.⁹⁴ Det kan stilles spørsmål om regelen bør komme til anvendelse dersom oppdragsgiver hadde positiv kunnskap om at anskaffelsen var ulovlig. Etter bestemmelsens ordlyd gjelder imidlertid unntaket også i slike tilfeller.

Det finnes ingen annen sanksjonshjemmel for ulovlige direkte anskaffelser over EØS-terskelverdiene enn anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 1. Dersom unntaket i § 13 annet ledd første punktum kommer til anvendelse kan det derfor ikke ilegges sanksjoner.

2.5.4 Rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger – frivillig karenperiode

Etter anskaffelsesloven § 13 annet ledd annet punktum skal det gjøres unntak fra sanksjonen *uten virkning* for anskaffelser basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, dersom en frivillig karenperiode overholdes. Etter håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 5 er nasjonalstatene forpliktet til å innføre dette unntaket.

⁹⁴ Se NOU 2010:2 s. 115

I de tilfellene oppdragsgiver overholder en frivillig karensperiode, før inngåelse av kontrakt basert på rammeavtale eller dynamisk innkjøpsordning, gjør begrunnelsen for regelen i § 13 første ledd bokstav b nr. 2 seg ikke gjeldende. Ved å overholde en frivillig karensperiode gis berørte leverandører tid og anledning til å vurdere anskaffelsens lovlighet, og eventuelt klage dersom de finner at anskaffelsen er ulovlig. Når oppdragsgiver på denne måten gjør det lettere å gripe inn og endre tildelingsbeslutningen før kontraktsinngåelse, er det ikke like stort behov for postkontraktuelle sanksjoner. Det vises her til behandlingen av § 13 første ledd bokstav b nr. 2 under punkt 2.4.3.

Vilkåret for unntak er at oppdragsgiver har overholdt en frivillig karensperiode før kontraktsinngåelse. Bestemmelsen forutsetter at oppdragsgiver, i tråd med regelverket, har meddelt tildelingsbeslutningen til de øvrige aktuelle leverandørene. Bare anskaffelser som rammes av § 13 første ledd bokstav b nr. 2 kan unntas fra sanksjonen *uten virkning* etter denne bestemmelsen. Unntaket er obligatorisk. Retten kan ikke velge å kjenne en kontrakt *uten virkning* dersom vilkårene i unntaksbestemmelsen er oppfylt.

3 Sanksjonens innhold

3.1 Innledning

Begrepet *uten virkning* i anskaffelsesloven § 13 har ikke et klart definert meningsinnhold. Etter en naturlig språklig forståelse betyr *uten virkning* at noe er en nullitet. Tolkes begrepet bokstavelig, må det ses helt bort fra at kontrakten overhodet har eksistert. Situasjonen blir da den samme som om kontrakt aldri var inngått.

Det er imidlertid på det rene at *uten virkning* i anskaffelseslovens forstand ikke kan tolkes bokstavelig. En kontrakt som kjennes *uten virkning* vil fortsatt kunne få betydning for en rekke forhold. Dersom kontrakten kjennes *uten virkning* ex nunc, vil kontrakten fortsatt ha virkning for den delen av ytelsen som er levert.⁹⁵ Dette innebærer at partene fremdeles vil kunne gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende for den delen av kontrakten som er oppfylt. Som følge av kontrakten vil oppdragsgivers medkontrahent i visse tilfeller kunne kreve erstatning. Visse biforpliktelser, som for eksempel taushetsplikt, vil også bestå.⁹⁶ En kontrakt som kjennes *uten virkning* vil dermed ikke være helt *uten virkning*. Det kan derfor diskuteres om begrepsvalget er heldig.

En fordel med begrepet er at det skiller sanksjonen *uten virkning* fra øvrige ineffektivitetsgrunnlag, som for eksempel ugyldighet og heving, på en klar måte. Ved å markere avstand til de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene stilles rettsanvenderen friere ved anvendelsen av sanksjonen.⁹⁷

Nasjonalstatene i EU/EØS-området har stort sett innført sanksjonen *uten virkning* under en betegnelse som er mer eller mindre likelydene. Det er imidlertid visse forskjeller. På engelsk heter sanksjonen *ineffectiveness*, på tysk *unwirksamkeit* og på fransk *absence*

⁹⁵ Se NOU 2010:2 s 110

⁹⁶ I.c.

⁹⁷ Se Nielsen (2010) s. 386

d'effet. I engelsk rett knyttes sanksjonen tettere opp mot en betegnelse som har vært benyttet i norsk juridisk teori for kontrakter som avvikles på irregulær måte, ved at det er ineffektivitet som står sentralt.⁹⁸ Ineffektivitet utelukker ikke at kontrakten fortsatt kan ha visse virkninger og fremstår derfor som et noe mer presist begrep enn *uten virkning*. Noen stor forskjell på begrepet ineffektivitet og begrepet *uten virkning* er det imidlertid ikke.

I svensk rett har man valgt å knytte sanksjonen opp mot det tradisjonelle ugyldighetsbegrepet (*ogiltighet*⁹⁹). Ettersom sanksjonen *uten virkning* i norsk rett som hovedregel bare vil få virkning for fremtidig oppfyllelse, ville en slik terminologi passe dårlig i norsk sammenheng.¹⁰⁰ I svensk rett har imidlertid sanksjonen tilbakevirkende kraft i alle tilfeller den ilegges. Begrepet ugyldighet passer derfor bedre.

I dansk rett har sanksjonen den samme betegnelsen (*uden virkning*¹⁰¹) som i norsk rett. Reglene som er innført i Norge tilsvarer langt på vei de danske reglene om sanksjonen *uden virkning*. Det danske regelsettet er imidlertid noe mer detaljert og regulerer i noe større grad sanksjonens innhold.

Under dette punktet i fremstillingen vil det først gis en oversikt over endringsdirektivets rammer for sanksjonens innhold under punkt 3.2. Videre drøftes adgangen til å ilegge sanksjonen med virkning *ex nunc* og *ex tunc* i norsk rett under punkt 3.3. Under punkt 3.4 behandles skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger. Det kan synes unødvendig å vie så stor plass til fremstillingen av skjæringstidspunktet, men som fremstillingen under punkt 3.4 vil vise, er dette av meget stor betydning for sanksjonens effektivitet. Der en kontrakt kjennes *uten virkning*, vil det videre oppstå spørsmål knyttet til ineffektivitetsoppgjøret mellom kontraktspartene. De aktuelle spørsmålene om ineffektivitetsoppgjøret behandles under punkt 4.5.

⁹⁸ Se Krokeide (1979) s. 132

⁹⁹ Se Lag (2009:1091) om offentlig upphandling 16. kap. 13 §

¹⁰⁰ Se punkt 3.3.3

¹⁰¹ Se Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. § 18, sml. ny § 13 fjerde ledd anskaffelsesloven

3.2 Håndhevelsesdirektivets rammer for sanksjonens innhold

Følgene av at en kontrakt kjennes *uten virkning* skal fastsettes i nasjonal rett, jf. håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 2. Ved gjennomføringen av endringsdirektivets regler om *uten virkning* har nasjonalstatene dermed en viss handlefrihet når det gjelder fastsettelsen av sanksjonens innhold. Sanksjonens innhold må imidlertid fastsettes i tråd med retningslinjene som oppstilles i art. 2 d nr. 2 annet ledd og håndhevelsesdirektivet fortale.¹⁰²

Det følger av håndhevelsesdirektivet at illeggelse av sanksjonen *uten virkning* må medføre at kontraktspartenes rettigheter og forpliktelser opphører, og at kontrakten ikke lenger kan håndheves eller oppfylles.¹⁰³ Dette er sanksjonens kjerne. Nasjonalstatene kan velge mellom å la sanksjonen få virkning fra tidspunktet for sanksjonsileggelsen (*ex nunc*), eller fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (*ex tunc*). Ved illeggelse av sanksjonen *ex nunc* foreskriver håndhevelsesdirektivet illeggelse av bøter¹⁰⁴ i tillegg. Videre synes det å følge av art. 2d nr. 2 lest i sammenheng med fortalens premiss 21, at ineffektivitetsoppgjøret mellom kontraktspartene skal reguleres. Slike regler er ikke innført i Norge.¹⁰⁵

Direktivet oppstiller i utgangspunktet ikke rammer for sanksjonens innhold utover dette.

Visse begrensinger utover de nevnte kan imidlertid ses som en følge av selve begrepet «uten virkning». I de norske forarbeidene er det blant annet antatt at begrepet kan være til hinder for at det oppstilles regler om automatisk erstatning for positiv kontraktsinteresse til oppdragsgivers medkontrahent ved illeggelse av sanksjonen.¹⁰⁶ Det er imidlertid grunn til å være forsiktig med å trekke slutninger på grunnlag av selve begrepet «uten virkning». Som nevnt vil en kontrakt som er kjent *uten virkning* fortsatt

¹⁰² Se endringsdirektivets fortale premiss 13, 14 og 21

¹⁰³ Jf. håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 2 og endringsdirektivets fortale premiss 21

¹⁰⁴ I norsk rett betegnet som *overtredelsesgebyr*, se ny § 14 i anskaffelsesloven

¹⁰⁵ Om håndhevelsesdirektivet pålegger nasjonalstatene å innføre slik regler er ikke klart, se 3.5.3.

¹⁰⁶ Se NOU 2010:2 s. 105

kunne ha virkning for en rekke forhold.¹⁰⁷ Sanksjonens innhold bør heller søkes klarlagt på bakgrunn av andre relevante rettskilder.

Visse begrensninger for fastsettelsen av sanksjonens virkninger følger av sanksjonens formål og det EU/EØS-rettslige lojalitetsprinsippet¹⁰⁸. Sanksjonen kan ikke gis et innhold som gjør at oppnåelsen av disse formålene svekkes i betydelig grad. Rammene for sanksjonens innhold forventes utviklet nærmere av EU-domstolen i praksis.

3.3 «Uten virkning» med tilbakevirkende kraft eller med virkning for fremtiden?

3.3.1 Innledning

I norsk rett er virkningene av sanksjonen *uten virkning* regulert i anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd. Sanksjonen kan etter bestemmelsen ilegges for fremtidig kontraktsoppfyllelse eller med tilbakevirkende kraft. Det er de nevnte virkningstidspunktene, og adgangen til å velge mellom å kjenne en kontrakt *uten virkning* ex nunc eller ex tunc, som behandles under dette punktet i fremstillingen.

Under punkt 4.3.2 vil det først redegjøres kort for de to alternative virkningstidspunktene. Videre behandles begrensninger i adgangen til å velge mellom de to virkningsalternativene under punkt 4.3.3. Avslutningsvis under punkt 4.3.4 drøftes det om sanksjonen kan ilegges med virkning ex nunc og ex tunc i kombinasjon for én og samme kontrakt.

3.3.2 Tidspunktene for «uten virkning» ex nunc og ex tunc

Ved illeggelse av sanksjonen *uten virkning* ex tunc vil kontrakten annulleres for hele kontraktsoppfyllelsen. Dette innebærer at sanksjonen får virkning fra og med avtaleinngåelsen. Sanksjonen får i slike tilfeller tilbakevirkende kraft på samme måte som i de tradisjonelle ex tunc ineffektivitetstilfellene.

¹⁰⁷ Se punkt 3.1

¹⁰⁸ Se EØS-avtalen art. 3 og *EØS-rett* (2011) s. 195-197

Ved ileggelsen av sanksjonen *uten virkning* ex nunc skal kontraktsoppfyllelsen opphøre fra det tidspunktet rettskraftig avgjørelse om ileggelse av sanksjonen foreligger.¹⁰⁹ Dette innebærer at kontrakten må avvikles når avgjørelse om å ilegge sanksjonen «ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler», jf. tvisteloven § 19-14 (1) første punktum. Tidspunktet for *uten virkning* ex nunc sammenfaller dermed med skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger.¹¹⁰

Der et av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene som har virkning for fremtidig oppfyllelse gjøres gjeldende, vil kontraktsparten som har grunnlag for å gjøre ineffektivitetsbeføyelser gjeldende ha rett til å innstille sin oppfyllelse når ineffektivitetsgrunnlaget påberopes. Ved heving ex nunc og avbestilling opphører kontraktsoppfyllelsen når hevingserklæringen eller avbestillingen er kommet frem til kontraktsmotparten.¹¹¹ Tidspunktet for *uten virkning* ex nunc skiller seg dermed fra virkningstidspunktet for de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene som gjelder for fremtidig oppfyllelse.

3.3.3 I hvilke situasjoner kan sanksjonen ilegges med virkning ex tunc?

I utgangspunktet vil retten kunne velge mellom å kjenne en kontrakt *uten virkning* ex nunc og ex tunc, jf. anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd. Av § 13 fjerde ledd annet punktum følger det imidlertid en meget vesentlig begrensning i adgangen til å ilegge sanksjonen med tilbakevirkende kraft. For at sanksjonen skal kunne ilegges ex tunc, må kontraktsytelsen kunne «tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde».

Dette innebærer at kontraktsytelsen må kunne tilbakeføres in natura.¹¹² For at en kontraktsytelse skal kunne tilbakeføres in natura må den utgjøre en fysisk gjenstand.¹¹³ Sanksjonen vil dermed bare kunne ilegges med tilbakevirkende kraft ved kjøp. Ettersom

¹⁰⁹ Se NOU 2010:2 s. 109

¹¹⁰ Se punkt 3.4

¹¹¹ Se Hagstrøm (2011) s. 462

¹¹² NOU 2010:2 s. 112-113

¹¹³ Se også Krokeide (1982) s. 456-464

reglene i anskaffelsesforskriftene ikke gjelder for kjøp av fast eiendom,¹¹⁴ vil sanksjonen bare kunne ilegges med tilbakevirkende kraft ved kjøp av løsøre.¹¹⁵ For alle andre kontraktstyper vil sanksjonen måtte ilegges med virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse.

For at en kontrakt skal kunne kjennes *uten virkning ex tunc* må kontraktsgjenstanden også kunne tilbakeleveres «i vesentlig samme stand og mengde». I dette ligger det en videre begrensning. Denne formuleringen i anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd annet punktum er tilnærmet likelydende den som følger av kjøpsloven § 66 første ledd første punktum, som gjelder restitusjon som vilkår for heving. Dette tilsier at bestemmelsene kan tolkes tilnærmet likt. Reglene om heving av løsørekjøp og sanksjonen *uten virkning* bygger imidlertid på svært forskjellige hensyn. Det er derfor ikke gitt at løsningen bør være den samme i de to situasjonene.

Bestemmelsene regulerer likevel sammenlignbare situasjoner og gjelder kontraktsgjenstandens tilstand som vilkår for ineffektivitet *ex tunc* i kontrakter. Videre er vurderingstema i begge tilfeller først og fremst knyttet opp mot kontraktsgjenstandens tilstand på vurderingstidspunktet og ikke årsaken til ineffektivitet. Ved tolkningen av anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd må det derfor kunne ses hen til rettskilder knyttet til kjøpslovens bestemmelse. I det følgende tas det derfor utgangspunkt i tolkningen av kjøpsloven § 66 første ledd første punktum som fremgår av juridisk teori.¹¹⁶

At kontraktsytelsen må kunne tilbakeføres i «vesentlig» samme stand og mengde innebærer for det første at en viss forringelse, og et visst avvik i forhold til mengde, ikke er til hinder for at kontrakten kjennes *uten virkning ex tunc*. En vare vil etter regelen fortsatt kunne tilbakeleveres selv om den økonomiske verdien er noe redusert. I denne forbindelse må det foretas en konkret vurdering av varens tilstand på

¹¹⁴ Jf. anskaffelsesforskriften § 1-3 (2) bokstav b

¹¹⁵ Anskaffelsesloven gjelder for alle offentlige anskaffelser som ikke kan unntas etter EØS-avtalen art. 123. Dette innebærer at anskaffelsesloven gjelder ved kjøp av fast eiendom.

¹¹⁶ Se Hagstrøm (2011) s. 447-450

leveringstidspunktet. Tilstanden på leveringstidspunktet må sammenlignes med varens tilstand på tidspunktet for ileggelse av sanksjonen. I denne forbindelsen er det varens faktiske tilstand, med eventuelle mangler, som må legges til grunn for vurderingen.

Restitusjon vil ikke kunne skje dersom varen er forbrukt eller på annen måte har gått til grunne. Ved ileggelsen av sanksjonen *uten virkning*, må dette gjelde uavhengig av årsaken til at varene har gått til grunne.¹¹⁷

Som fremhevet i forarbeidene er det i kjøpsloven § 66 første ledd bokstav a til c oppstilt unntak fra kravet om tilbakelevering av kontraktsgjenstanden for de situasjonene der årsaken til at tingen ikke kan tilbakeleveres ikke skyldes kjøpers forhold.¹¹⁸ Ettersom det at en kontrakt kjennes *uten virkning* alltid vil skyldes at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, er det ikke grunn til at oppdragsgiver skal kunne kreve vederlaget tilbake uten å måtte erstatte kontraktsgjenstandens verdireduksjon. Unntakene i kjøpsloven § 66 første ledd a til c kan derfor neppe anvendes analogisk i de tilfellene en kontrakt kjennes *uten virkning*.

En sak om ileggelse av sanksjonen *uten virkning* vil kunne versere over flere måneder. Kontrakten vil da kunne bli stående inntil sak om ileggelse av sanksjonen er endelig avgjort. Ved bedømmelsen av varens tilstand må varens tilstand på vurderingstidspunktet legges til grunn. En annen regel ville være svært upraktisk. Dette innebærer at dersom varen forringes eller forbrukes mens saken verserer, kan muligheten for å ilegge sanksjonen *uten virkning* med virkning *ex tunc* bortfalle.

I de tilfellene hvor kontraktsgjenstanden ikke kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og mengde, kan det stilles spørsmål om det bør oppstilles en regel tilsvarende den som følger av kjøpsloven § 66 annet ledd.¹¹⁹ Av denne bestemmelsen følger det at kjøper kan kreve heving eller omlevering til tross for at vilkårene i bestemmelsens første ledd ikke er oppfylt, dersom tingens verdireduksjon erstattes. En lignende løsning kan tenkes for de tilfeller der en kontrakt i utgangspunktet ikke kan kjøpes *uten*

¹¹⁷ Sml. kjøpsloven § 66 første ledd bokstav a til c, se NOU 2010:2 s. 107-108

¹¹⁸ Se NOU 2010:2 s. 107-108

¹¹⁹ Kjøpsloven § 66 annet ledd er nevnt i NOU 2010:2 på s. 107. Utvalget drøftet imidlertid ikke om bestemmelsen kunne anvendes analogisk i de situasjonene en kontrakt kjøpes *uten virkning*.

virkning ex tunc som følge av at den ikke kan tilbakeleveres i vesentlig samme stand og mengde. Dette ville åpne for at sanksjonen kan ilegges ex tunc i flere tilfeller, med det resultat at sanksjonen vil kunne få større gjenopprettende effekt for konkurransesituasjonen i flere tilfeller. Dette taler for at regelen bør anvendes analogisk der en kontrakt kjennes *uten virkning*. Dersom det på denne måten åpnes for illeggelse av sanksjonen ex tunc, vil dette også kunne styrke den preventive effekten av sanksjonen til en viss grad.¹²⁰ Ileggelse av sanksjonen ex tunc vil normalt være mer byrdefullt for partene.

At en slik regel er nevnt i forarbeidene, men ikke innført, kan imidlertid tyde på at utvalget var av den mening at regelen ikke skulle kunne anvendes analogisk. De negative uttalelsene i forarbeidene om effekten av et verdierstatningsoppgjør i forhold til oppnåelsen av sanksjonens formål, trekker i samme retning.¹²¹

For kjøpsavtaler er det imidlertid viktig at det åpnes for illeggelse av sanksjonen ex tunc i flest mulig tilfeller. Til forskjell fra entreprise- og tjenestekontrakter der kontraktsytelsen erlegges over en viss tid, tar kjøpekontrakter som oftest vesentlig kortere tid å oppfylle. Ved kjøp er det ofte tale om én eller flere leveranser som foretas i løpet av kort tid. Dette innebærer at svært mange kjøpekontrakter vil være oppfylt før sanksjonen *uten virkning* får rettsvirkninger, noe som igjen vil innebære at sanksjonen i mange tilfeller ikke vil få noen virkning dersom den ikke kan ilegges med tilbakevirkende kraft.¹²² Dette er en betydelig svakhet med begrensingen i adgangen til å illegge sanksjonen med virkning ex tunc.

Ved visse kjøp vil imidlertid illeggelse av sanksjonen ex nunc kunne ha en effekt. Felles for slike kjøp er at kontraktsoppfyllelsen foregår over lenger tid enn i alminnelige kjøpstilfeller. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet ved tilvirkningskjøp, og for kjøpsavtaler som innebærer at det skal foretas flere delleveranser over en viss tidsperiode. Dersom ikke alle leveransene er foretatt på det tidspunktet sanksjonens

¹²⁰ Se NOU 2010:2 s. 111

¹²¹ *ibid.* s. 108 og 112-113

¹²² Se punkt 3.4.3

rettsvirkninger inntreffer, vil de leveransene som gjenstår ikke kunne gjennomføres som forutsatt.

På denne bakgrunn bør det åpnes for at retten kan kjenne kjøpekontrakter *uten virkning* ex tunc også i de tilfeller kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres in natura, men ikke i vesentlig samme stand og mengde. I slike tilfeller bør retten samtidig kunne pålegge oppdragsgiver å yte erstatning for den verdireduksjonen gjenstanden har hatt, jf. kjøpsloven § 66 annet ledd.

Som fremstillingen foran har vist, vil svært få kontrakter kunne kjennes *uten virkning* med tilbakevirkende kraft. Valgfriheten domstolene har etter anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd er dermed svært begrenset.

3.3.4 Ileggelse av sanksjonen med virkning ex nunc og ex tunc i kombinasjon?

Det kan stilles spørsmål om sanksjonen *uten virkning* kan ilegges med virkning ex nunc og ex tunc i kombinasjon for én og samme kontrakt. Som nevnt overlater håndhevelsesdirektivet til medlemsstatene å bestemme om sanksjonen skal gis virkning for fremtidig oppfyllelse eller tilbakevirkende kraft.¹²³ Det må derfor antas at håndhevelsesdirektivet ikke er til hinder for en slik kombinasjon.

I det følgende er det grunn til å skille mellom to situasjoner: Situasjonen der anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd i åpner for at hele kontrakten kjennes *uten virkning* med virkning ex tunc, og situasjonen der det etter den samme bestemmelsen bare vil kunne være mulig å kjenne deler av kontrakten *uten virkning* ex tunc.¹²⁴

I de førstnevnte situasjonene kan det ut i fra et mer til det mindre synspunkt argumenteres for at bestemmelsen åpner for kombinert inleggelse av sanksjonen. Dersom rettsanvenderen står fritt til å ilegge sanksjonen med tilbakevirkende kraft for hele

¹²³ Se punkt 3.2

¹²⁴ Se punkt 3.3.3

kontrakten, må det også være åpent for kombinert ileggelse av sanksjonen dersom hensynene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken tilsier dette.

I de situasjonene § 13 fjerde ledd er til hinder for at hele kontrakten kjennes *uten virkning ex tunc*, er spørsmålet mer komplisert. Kombinert ileggelse av sanksjonen vil kunne være aktuelt der kontrakten inneholder både et vare- og et tjenesteelement. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet der en kontrakt både går ut på anskaffelse av varer og installasjon, montering eller tilvirkning av slike varer. Praktiske eksempler vil her være anskaffelse av IT-utstyr og bygge- og anleggsarbeider.

I slike situasjoner vil varer ofte være levert samtidig som det er utført visse tjenesteytelser. De leverte varene vil i visse tilfeller kunne tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, tjenesteytelsen kan imidlertid ikke restitueres *in natura*. Spørsmålet er da om kontraktsytelsen kan deles opp slik at den delen av kontrakten som omhandler anskaffelse av varer kan kjennes *uten virkning ex tunc*, og den delen av kontrakten som omhandler tjenester kan kjennes *uten virkning ex nunc*.

Ordlyden i § 13 fjerde ledd gir ingen veiledning for om sanksjonen kan ilegges med virkning *ex nunc* og *ex tunc* i kombinasjon. Problemstillingen er heller ikke behandlet i forarbeidene. Ordlyden taler riktignok om «kontraktsytelsen». Dette kan tilsi at hele kontraktsytelsen må ses under ett, og at kombinert ileggelse av sanksjonen derfor er utelukket. Ordlyden er neppe bevisst valgt for å utelukke slik ileggelse av sanksjonen, og dette er derfor ikke et sterkt motargument.

En fordel med å kunne legge sanksjonen *uten virkning ex nunc* og *ex tunc* i kombinasjon, er at det ville gi større rom for å ivareta hensynet til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen, ved at oppdragsgiver da ville tvinges til å foreta en nyanskaffelse av de varer som må tilbakeføres til leverandør. Dette tilsier at det bør åpnes for slik kombinert ileggelse av sanksjonen. En oppdeling av kontrakten vil imidlertid føre til at spørsmålene om sanksjonens virkninger kompliseres ytterligere. Dette taler for at kombinert ileggelse bør være utelukket.

Om man vil akseptere en kombinert løsning i rettspraksis er et åpent spørsmål. Det avgjørende bør være hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak. Dersom gjenopprettelse av konkurransesituasjonen kan oppnås i vesentlige større grad ved kombinert ileggelse, og saken ikke kompliseres av en slik løsning, bør det åpnes for slik ileggelse av sanksjonen.

3.4 Skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger

3.4.1 Innledning

Rettsvirkningene av sanksjonen *uten virkning* inntreffer ikke automatisk, men først ved avgjørelse i håndhevende organ.¹²⁵ I forarbeidene er det lagt til grunn at sanksjonens rettsvirkninger inntreffer når rettskraftig avgjørelse om å ilegge sanksjonen foreligger.¹²⁶ Dette innebærer at sanksjonen får rettsvirkninger når en slik avgjørelse «ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler», jf. tvisteloven § 19-14 (1) første punktum.

Som følge av tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger oppstår det en rekke spørsmål av vesentlig betydning. Et første spørsmål er om kontraktspartene må behandle en kontrakt som bindende inntil rettskraftig avgjørelse foreligger. Denne problemstillingen behandles under punkt 3.4.2. Videre oppstår det spørsmål om rettsvirkningstidspunktets konsekvenser for sanksjonens effektivitet. Dette behandles under punkt 3.4.3. Som behandlingen under punkt 3.4.3 vil vise, må det foretas en lovendring for å sikre at sanksjonen skal kunne få tilsiktet effekt for etterlevelsen av anskaffelsesregelverket. Under punkt 3.4.4 drøftes derfor noen forslag til endringer som kan bøte på de problemene som det gjeldende skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger medfører.

3.4.2 Kan kontraktspartene fri seg fra kontrakten før skjæringstidspunktet?

Som nevnt inntreffer rettsvirkningene av *uten virkning* først når rettskraftig dom om å ilegge sanksjonen foreligger. Som fremhevet i forarbeidene kan dette tilsi at

¹²⁵ Se endringsdirektivets forale premiss 13 og NOU 2010:2 s. 105-106

¹²⁶ Se NOU 2010:2 s. 109

kontraktpartene må behandle kontrakten som bindende inntil rettskraftig avgjørelse foreligger.¹²⁷ Spørsmålet er om partene kan fri seg fra kontrakten før dette tidspunktet.

At en kontrakt kan kjennes *uten virkning* er neppe til hinder for at tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlag gjøres gjeldende.¹²⁸ Det ville være selvmotsigende om sanksjonen skulle lede til at én av kontraktpartene kunne fastholde en kontrakt som ellers kunne heves, avbestilles eller påstås ugyldig. Dette innebærer at kontraktpartene fortsatt må kunne gjøre de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene gjeldende. Kontraktpartene må også kunne avtale å avvikle kontrakten.

I denne sammenhengen er det også grunn til å påpeke at risikoen for at en kontrakt kan bli kjent *uten virkning* kan tenkes anført som grunnlag for å fri seg fra kontrakten etter et av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene.

En kontraktspart vil for eksempel kunne anføre at det er urimelig å fastholde kontrakten ettersom sanksjonen uten virkning vil kunne lede til annullering av kontrakten og dermed økonomisk tap og andre konsekvenser av ikke-økonomisk art. I visse tilfeller vil denne risikoen kunne være såpass betydelig at det vil kunne virke urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Avtalen vil da kunne påstås helt eller delvis ugyldig etter avtaleloven § 36. Om det er grunnlag for å påstå at en avtale er ugyldig etter dette grunnlaget, vil særlig bero på hvor betydelig denne risikoen er, og hvor stor sannsynlighet det er for at denne risikoen vil manifestere seg i tap og skade av økonomisk og ikke-økonomisk art.

Tilsvarende vil det kunne tenkes situasjoner der det kan anføres ugyldighet eller heving på grunnlag av kontraktsrettslige regler om opplysningsplikt.¹²⁹ Dette vil kunne være aktuelt der oppdragsgiver forsettlig har brutt anskaffelsesreglene, og så har unnlatt å opplyse leverandøren om dette. Opplysninger om forhold som innebærer at en risiko for at kontrakten helt kan bortfalle, vil være opplysninger av meget vesentlig betydning. I slike tilfeller kan det anføres at oppdragsgiver skulle ha opplyst leverandøren om

¹²⁷ *ibid.* s. 106

¹²⁸ Se NOU 2010:2 s. 106

¹²⁹ Jf. prinsippet i kjøpsloven § 19 første ledd bokstav b, se Hagstrøm (2011) s. 147-166

regelbruddet som innebærer en risiko for ineffektivitet. Manglende opplysning om regelbruddet kan da tenkes å utgjøre hevings- eller ugyldighetsgrunnlag etter kontraktsrettslige regler om opplysningsplikt eller avtaleloven § 33. Dette forutsetter imidlertid at leverandøren ikke kjente til regelbruddet som innebærer en risiko for at kontrakten kan kjennes uten virkning. Det kan derfor stilles spørsmål ved om dette ineffektivitetsgrunnlaget er særlig praktisk.

Om én av kontraktspartene kan benytte seg av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene for å fri seg fra en kontrakt som står i fare for å bli kjent uten virkning, må vurderes konkret. Dersom vilkårene i et av de tradisjonelle grunnlagene er oppfylt, kan det ikke være slik at sanksjonen uten virkning stenger for ineffektivitet.

Der en kontrakt som ellers er bindende er angrepet av en tredjepart med påstand om at den skal kjennes *uten virkning*, vil det kunne oppstå spørsmål om én av kontraktspartene kan fri seg fra kontrakten alene på grunnlag av sanksjonen. Det sentrale i denne sammenhengen er om kontraktsparten i en slik situasjon kan fri seg fra kontrakten før tidspunktet før rettskraftig avgjørelse foreligger. Ettersom kontraktspartene kan avtale å avvikle kontrakten, vil spørsmålet bare oppstå der den ene kontraktsparten ønsker å fastholde kontrakten mot kontraktsmotpartens vilje.

Spørsmålet er beslektet med spørsmålet om kontraktspartene kan påberope seg sanksjonen *uten virkning* som ineffektivitetsgrunnlag. Det vil si om kontraktspartene kan påberope seg sanksjonen uten at kontrakten er angrepet av en utenforstående tredjepart. Dersom partene må behandle kontrakten som bindende inntil sanksjonen ilegges, bør det neppe åpnes for at kontraktspartene kan påberope seg sanksjonen i slike tilfeller. Konklusjonen på problemstillingen som drøftes under dette punktet vil derfor også kunne gi et svar på det sistnevnte spørsmålet.

Spørsmålet kan synes upraktisk da kontraktspartene i de fleste tilfeller vil ønske å fastholde kontrakten selv om det er en risiko for at den kan kjennes *uten virkning*. Det kan imidlertid tenkes en rekke årsaker til at én av kontraktspartene ønsker å fri seg fra en kontrakt som er angrepet med påstand om illeggelse av sanksjonen *uten virkning* av en tredjepart.

Avvikling av kontrakten på et tidligere tidspunkt kan for eksempel gjøre det enklere å begrense de negative konsekvensene for kontraktspartene. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet der regelbrudd avdekkes kort tid etter kontraktsinngåelse. I slike situasjoner vil det kunne være hensiktsmessig å avvikle kontrakten, for så å foreta anskaffelsen i tråd med regelverket.

For oppdragsgiver kan en tidligere avvikling av kontrakten også redusere omfanget av et eventuelt erstatningsansvar, både i forhold til leverandøren i kontrakten¹³⁰ og i forhold til forbigåtte leverandører. Ved å bringe kontrakten til opphør før sak tas inn for retten, kan oppdragsgiver også unngå ileggelse av overtredelsesgebyr i tillegg til ileggelse av sanksjonen *uten virkning*.

Det kan også tenkes tilfeller der motivasjonen for å fri seg fra kontrakten er ikke-økonomisk. Oppdragsgiver kan for eksempel ha et ønske å korrigere eget regelbrudd. Dette vil for eksempel kunne skyldes at oppdragsgiver har forsøkt å følge regelverket, men likevel har begått feil. Eller det kan skyldes at kontrakten er inngått som følge av en korrumpert offentlig tjenestemann, og oppdragsgiver ønsker å rydde opp i dette.¹³¹

Som vist kan oppdragsgiver og leverandør ha flere rasjonelle grunner for å avvikle kontrakten før den kjennes *uten virkning* av en domstol. Problemstillingen vil derfor kunne bli aktuell.

Ut i fra håndhevelsesdirektivet og anskaffelsesloven § 13 er det klart at kontraktspartene kan fortsette kontraktsoppfyllelsen inntil endelig avgjørelse om ileggelse av sanksjonen foreligger.¹³² Dette er begrunnet i hensynet til kontraktspartenes rettsikkerhet. Rettsvirkningene av en så inngripende sanksjon skal ikke inntre automatisk, men først etter en betryggende og uavhengig behandling i et håndhevende

¹³⁰ Om en tidligere avvikling av kontrakten vil kunne redusere omfanget av et eventuelt erstatningsansvar overfor leverandøren i kontrakten beror på hvilket utmålingsperspektiv som legges til grunn, se punkt 4.4.

¹³¹ Her kan det imidlertid tenkes at andre ineffektivitetsgrunnlag vil kunne gjøres gjeldende, se særlig avtaleloven § 33

¹³² Se endringsdirektivets forale premiss 13 og NOU 2010:2 s. 105-106

organ. Dette kan som nevnt tilsi at kontraktspartene må behandle kontrakten som bindende inntil rettskraftig avgjørelse foreligger.

Dette utgangspunktet bygger imidlertid på en forutsetning om at det er en utenforstående tredjepart som gjør gjeldende at kontrakten skal avvikles, og at kontraktspartene ønsker å fastholde kontrakten. Spørsmålet om én av kontraktspartene, som følge av at kontrakten er påstått *uten virkning* av en tredjepart, kan fri seg fra kontrakten på et tidligere tidspunkt, er ikke behandlet i håndhevelsesdirektivet eller de norske forarbeidene. Hvordan dette spørsmålet skal løses er derfor ikke åpenbart.

Tilsvarende spørsmål oppstår ikke i de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene. Ved heving, avbestilling og ugyldighet kreves det ikke rettskraftig dom for at rettsvirkningene av ineffektivitet skal inntre.

Kontraktsparter som har grunnlag for å påberope seg et av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene, har rett til å innstille sin oppfyllelse på det tidspunktet grunnlaget gjøres gjeldende. Ved heving og avbestilling vil kontraktsparten ha rett til å innstille sin oppfyllelse når kontraktsmotparten har fått kunnskap om hevingserklæringen eller avbestillingen. I de fleste tilfeller av ugyldighet anses en kontrakt for å ha vært ugyldig fra første stund. En kontraktspart som har grunnlag for å påberope seg ugyldighet, har derfor rett til å innstille sin oppfyllelse på det tidspunktet ugyldighet påberopes.

Den aktuelle problemstillingen er derfor ny i norsk rett. Ved løsningen av det aktuelle spørsmålet må det derfor tas utgangspunkt i en avveining av de hensynene som gjør seg gjeldende i de aktuelle situasjonene.

Som fremhevet foran kan det tenkes flere gode grunner for å avvikle en kontrakt som er påstått *uten virkning* på et tidligere tidspunkt. Dette taler for at én av kontraktspartene bør kunne fri seg fra kontrakten i de aktuelle situasjonene.

Som nevnt kan det tenkes at risikoen for at en kontrakt kan kjennes *uten virkning* kan gjøres gjeldende som grunnlag for å fri seg fra kontrakten etter et av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene. Dette kan tilsi at det er mindre behov for at partene skal kunne fri seg fra kontrakten på grunnlag av sanksjonen *uten virkning*. Et videre poeng

er at kontrakten i mange tilfeller bør kunne fastholdes dersom vilkårene i de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene ikke er oppfylt. Når de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene tilsier at det ikke er grunn til å beskytte den kontraktsparten som vil fri seg fra kontrakten, vil det normalt være mindre grunn til å beskytte denne parten.

Hovedformålene til sanksjonen *uten virkning* taler for at kontraktspartene bør kunne fri seg fra kontrakten på et tidligere tidspunkt enn skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger. I forhold til oppnåelsen av sanksjonens formål vil det være en stor fordel dersom kontrakten kan avvikles før endelig avgjørelse foreligger. Sanksjonens virkninger vil da kunne inntre på et langt tidligere tidspunkt, med det resultat at sanksjonen vil kunne virke langt mer effektivt, særlig med tanke på gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.

Det er imidlertid grunn til å påpeke at sanksjonen ikke har som formål å beskytte kontraktspartene i en ulovlig inngått kontrakt. Dette tilsier at det bør legges mindre vekt på sanksjonens hovedformål.

I flere tilfeller vil det være usikkert om en kontrakt skal kjennes *uten virkning* før endelig avgjørelse foreligger. Dersom det åpnes for at én kontraktspart kan fri seg fra kontrakten på grunnlag sanksjonen *uten virkning*, vil dette kunne føre til økt usikkerhet i kontrakter med det offentlige. Hensynene til forutberegnelighet i kontrakter inngått med offentlige oppdragsgivere taler derfor sterkt mot at én av kontraktspartene bør kunne fri seg fra en kontrakt på grunnlag av sanksjonen.

For leverandøren i kontrakten vil det også kunne virke svært urimelig om oppdragsgiver skal kunne fri seg fra kontrakten på grunnlag av regelbrudd som oppdragsgiver selv har begått. Dette tilsier at i hvert fall leverandøren bør kunne fastholde kontrakten inntil rettskraftig avgjørelse om sanksjonsileggelse foreligger.

På denne bakgrunn bør det ikke åpnes for at én av kontraktspartene, i strid med kontraktsmotpartens vilje, skal kunne fri seg fra kontrakten på grunnlag av sanksjonen

uten virkning. I denne sammenhengen bør det legges avgjørende vekt på hensynet til forutberegnelighet. Dette innebærer at begge kontraktspartene må kunne fastholde kontrakten inntil rettskraftig avgjørelse foreligger.

3.4.3 Skjæringstidspunktets betydning for sanksjonens effektivitet

Som nevnt inntreffer rettsvirkningene av sanksjonen *uten virkning* ikke automatisk, men først ved rettskraftig avgjørelse i håndhevende organ.¹³³ Som fremstillingen i det følgende vil vise, har skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger meget stor betydning for sanksjonens effektivitet. Det meste av det som fremheves i det følgende gjelder også for sanksjonen *avkorting*, som i realiteten bare er en mer fleksibel variant av *uten virkning ex nunc*.

Som følge av det nevnte tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger, og at det ikke kan begjæres midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått, jf. anskaffelsesloven § 9 første ledd annet punktum (tidligere § 8 første ledd), vil oppfyllelsen av en kontrakt alltid kunne fortsette som normalt inntil rettskraftig avgjørelse om ileggelse av sanksjonen foreligger.¹³⁴ Dette innebærer at kontraktsoppfyllelsen vil kunne fortsette som normalt inntil anke enten er avvist eller dom er avsagt i Høyesterett. En sak som ankes helt opp til Høyesterett vil i normale tilfeller ta flere år å behandle. I de tilfellene der saken ankes til Høyesterett, vil kontraktsoppfyllelsen derfor kunne fortsette som normalt i flere år etter at den ble brakt inn for domstolene.

Saksbehandlingstiden for domstolene varierer etter hvor i landet saken behandles. I Oslo og i andre større byer i norsk sammenheng er saksbehandlingstiden normalt lenger enn i øvrige deler av landet. Sanksjonen vil derfor kunne slå ulikt ut i forskjellige landsdeler, og på denne måte lede til at samme lov- eller forskriftsbrudd får mer eller mindre alvorlige konsekvenser, avhengig av hvor i landet saken reises. På denne måten

¹³³ Se punkt 3.4.1

¹³⁴ Regelen om at det ikke kan begjæres midlertidig forføyning etter kontraktsinngåelse, er bevisst opprettholdt, se NOU 2010:2 s. 198 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 91. Om lovgiver har vært oppmerksom på konsekvensene av å opprettholde denne bestemmelsen er imidlertid usikkert.

vil skjæringstidspunktet for rettsvirkningene av *uten virkning* kunne lede til en forskjellsbehandling av oppdragsgivere og medkontrahenter basert på geografisk tilhørighet.

I tillegg til saksbehandlingstiden må det tas i betraktning at det ofte tar en viss tid før ulovlige kontraktsinngåelser oppdages og sak reises. Det vil for eksempel kunne ta flere måneder før en ulovlig direkte anskaffelse oppdages. På bakgrunn av KOFA-praksis som viste at 16 av 29 saker om *overtredelsesgebyr* for ulovlige direkte anskaffelser kom inn til KOFA mer enn ett år etter kontraktsinngåelse, valgte departementet å foreslå en preklusiv frist for søksmål med påstand om sanksjoner på to år, i stedet for ett år som ble foreslått av håndhevelsesutvalget.¹³⁵ Tallene viser at mange ulovlige direkte anskaffelser ikke oppdages før det har gått over ett år.

Tidsforløpet før saken bringes inn for domstolene kommer i tillegg til saksbehandlingstiden. Dersom sak reises kort tid før toårsfristens utløp, vil kontrakten i mange tilfeller kunne løpe i tre til fem år før rettsvirkningene av sanksjonen *uten virkning* inntreffer. De færreste kontrakter om offentlige anskaffelser varer lenger enn dette. Dette betyr at mange kontrakter vil kunne oppfylles fullt ut før sanksjonen får rettsvirkninger.

For kontrakter som bare kan kjennes *uten virkning* ex nunc, vil skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger kunne innebære at sanksjonen ikke får noen effekt.¹³⁶ Også for kjøpekontrakter som i utgangspunktet kan kjennes *uten virkning* ex tunc, medfører tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger at sanksjonen står i fare for å bli uten betydning. Som følge av begrensningen i anskaffelsesloven § 13 fjerde ledd annet punktum vil illeggelse av sanksjonen med tilbakevirkende kraft normalt bare være aktuelt kort tid etter kontraktsinngåelse.¹³⁷ Etter hvert som tiden løper, reduseres muligheten for at kontraktsgjenstanden kan leveres tilbake i vesentlig samme stand og

¹³⁵ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 44, se anskaffelsesloven § 15 fjerde ledd

¹³⁶ Se punkt 3.3.2

¹³⁷ Se punkt 3.3.3, påpekt i NOU 2010:2 på s. 108

mengde. Samlet sett innebærer det mulige langvarige tidsforløpet før inntreden av sanksjonens rettsvirkninger en fare for at sanksjonen kan bli fullstendig virkningsløs.

At skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger er knyttet opp mot tidspunktet for rettskraftig dom, innebærer også at kontraktspartene kan påvirke hvilken betydning sanksjonen skal få.

Oppdragsgiver vil kunne utsette sanksjonens virkningstidspunkt *ex nunc* ved å anke avgjørelsen så høyt opp i domstolssystemet som mulig. Ved hale ut saksbehandlingstiden vil oppdragsgiver i mange tilfeller også kunne utelukke at sanksjonen ilegges med virkning *ex tunc*. Samlet sett innebærer forannevnte at oppdragsgiver i langt de fleste tilfeller vil kunne utsette virkningstidspunktet inntil kontrakten er tilnærmet oppfylt eller oppfylt fullt ut. I verste fall kan oppdragsgiver hale ut tiden til sanksjonen blir virkningsløs. Oppdragsgiver vil ha interesse av å redusere sanksjonens effekt for å unngå de konsekvenser en irregulær avvikling av kontrakten vil kunne medføre, herunder et etterfølgende erstatningskrav fra leverandøren i kontrakten.

Det er imidlertid ikke gitt at oppdragsgiver vil forsøke å gjøre sanksjonen virkningsløs. I mange tilfeller vil oppdragsgiver sannsynligvis rette seg etter dom i første instans, og problemet blir da ikke nødvendigvis like stort.¹³⁸ Oppdragsgiver vil også kunne ilegges *overtredelsesgebyr*. Ved fastsettelsen av *overtredelsesgebyrets* størrelse vil det være naturlig å ta i betraktning hvilken betydning sanksjonen får i det konkrete tilfellet. *Overtredelsesgebyret* bør settes høyt der sanksjonen *uten virkning* ikke får noen effekt for kontrakten. Dersom overtredelsesgebyret justeres i forhold til virkningene av sanksjonen *uten virkning*, vil oppdragsgiver ikke ha like stor interesse av å hale ut prosessen.

Hvor stor preventiv effekt *overtredelsesgebyret* vil ha i slike situasjoner, vil imidlertid kunne variere etter hvor stor risikoen for å måtte yte erstatning til leverandøren i kontrakten er. Dersom oppdragsgiver er erstatningsansvarlig og erstatningsbeløpet

¹³⁸ Ingen av vedtakene i KOFA om illeggelse av overtredelsesgebyr til og med 2011 er brakt inn for domstolene, se KOFA's årsmelding for 2011 s. 8.

ligger an til å bli høyere enn et forventet *overtredelsesgebyr*, vil oppdragsgiver være bedre tjent med å gjøre sanksjonen virkningsløs for å unngå erstatningskrav fra leverandøren.

Et annet potensielt problem i denne forbindelse er at leverandøren i kontrakten vil kunne tre inn i saken som partshjelp etter tvisteloven § 15-7. Saker om ileggelse av sanksjonen *uten virkning* vil regelmessig berøre leverandørens interesser på en slik måte at inntreden som partshjelp vil være mulig etter denne bestemmelsen, jf. anskaffelsesloven § 15 tredje ledd.¹³⁹ Leverandøren vil da kunne foreta prosesshandlinger som er til fordel for oppdragsgiver, og som ikke strider mot oppdragsgivers prosesshandlinger, jf. tvisteloven § 15-7 (3). Dette innebærer at leverandøren i kontrakten vil kunne anke avgjørelsen, bortsett fra i de tilfellene oppdragsgiver uttrykkelig meddeler at dommen godtas, frafaller ankeretten eller tilbakekaller anken.¹⁴⁰

Leverandøren vil ikke kunne rammes av andre sanksjoner enn sanksjonen *uten virkning*, og vil derfor ha stor interesse av å gjøre virkningene av sanksjonen så ubetydelige som mulig. Dersom leverandøren i kontrakten trer inn som partshjelp, vil han ved å anke saken videre oppover i domstolshierarkiet kunne påvirke hvilke virkninger sanksjonen kan få. I verste fall kan leverandøren i kontrakten holde saken gående inntil kontrakten er oppfylt, og sanksjonen blir virkningsløs.

Det er unektelig et stort problem at virkningene av de to nye sanksjonene *uten virkning* og *avkorting* på denne måten kan avskjæres av lang saksbehandlingstid og tiden før regelbruddet oppdages. I denne sammenhengen er det også problematisk at kontraktspartene kan påvirke dette tidsforløpet. De forannevnte mulige konsekvensene av skjæringstidspunktet for sanksjonenes rettsvirkninger og forbudet mot midlertidig forføyning etter kontraktsinngåelse, synes fullstendig oversett i forarbeidene til de nye bestemmelsene i anskaffelsesloven. Både i svensk og dansk rett har man som følge av

¹³⁹ Se punkt 5.3.4

¹⁴⁰ Se Tvisteloven Kommentartutgave (2007) Bind I s. 669-670, Hov (2010) Bind I s. 459-460, RG 1982 s. 75 og Rt. 1956 s. 767

innføringen av tilsvarende sanksjoner, åpnet for at oppfyllelsen av en kontrakt om offentlige anskaffelser kan suspenderes.¹⁴¹

Forbudet mot midlertidig forføyning etter kontraktsinngåelse innebærer at sanksjonen *uten virkning* står i fare for å bli svært lite effektiv. Dette er i strid med håndhevelsesdirektivets formål om effektive sanksjoner mot alvorlige brudd på reglene om offentlige anskaffelser.¹⁴² Mangelfull innføring av EU-direktiver utgjør brudd på EØS-avtalen art. 3, som omhandler medlemsstatenes plikt til lojalt å innføre EU/EØS-regler slik at reglene kan oppnå sitt tilsiktede formål.

Av samme grunn som nevnt foran, er de norske reglene om sanksjonen *uten virkning* og midlertidig forføyning i anskaffelsessaker i strid med det EU-rettslige effektivitetsprinsippet. Effektivitetsprinsippet må antas å gjelde også innen EØS-området.¹⁴³ Retten til å kreve midlertidig forføyning for å sikre EU-rettens effektivitet står sterkt også i EØS-retten.¹⁴⁴ Sanksjonens rettsvirkningstidspunkt og forbudet mot midlertidig forføyning åpner for at det kan bli «umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve de rettigheter» som følger av endringsdirektivets bestemmelser om sanksjonen *uten virkning*.¹⁴⁵ En privat aktør som går til sak med påstand om at en kontrakt må kjennes *uten virkning* risikerer at sanksjonen ikke får noen betydning.

3.4.4 Forslag til endring av regelverket

For å sikre at sanksjonen skal få tilsiktet virkning, må det gjøres endringer i anskaffelsesloven. En slik endring må enten gå ut på å gi domstolene adgang til å suspendere kontraktsoppfyllelsen, eller fremskynde tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger. Mulige løsninger drøftes i det følgende.

¹⁴¹ Se punkt 3.4.4

¹⁴² Se bl.a. endringsdirektivets forale premiss 13, 18 og 21

¹⁴³ Se Rt. 2005 s. 597 og Fredriksen (2005) s. 64-65

¹⁴⁴ Se Fredriksen (2008) s. 339-345

¹⁴⁵ Se bl.a. sak C-246/09 og *EØS-rett* (2011) s. 81-82

En første mulighet er å innføre regler som gir domstolene mulighet til å suspendere kontraktsoppfyllelsen dersom den finner det sannsynlig at sanksjonen *uten virkning* må ilegges. En slik særregel om suspensjon er innført i svensk rett.¹⁴⁶ Bakgrunnen for den svenske regelen fremgår av forarbeidene:

*«Vidare föreslås en möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet respektive enhet och en leverantör (se avsnitt 7). Vid bifall till en sådan talan ska rätten ogiltigförklara det överprövade avtalet. För att hindra avtalet från att fullgöras under tiden det är föremål för rättens prövning, och därigenom säkerställa att en eventuell ogiltigförklaring får verkan, bör rätten ha möjlighet att interimistiskt förordna att avtalet om upphandling inte får fullgöras.»*¹⁴⁷

Den svenske bestemmelsen gir retten mulighet til å suspendere kontraktsoppfyllelsen inntil den treffer avgjørelse i saken. Etter regelen kan kontraktsoppfyllelsen ikke suspenderes dersom «den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medføre [for kontraktspartene] kan bedömas vara större än skadan för leverantören [i dette tilfellet leverandøren som mener seg forbigått]». De mulige konsekvensene av en suspensjon av kontraktsoppfyllelsen må etter regelen avveies mot leverandørens interesser. Det oppstilles ikke andre vilkår for suspensjon av kontraktsoppfyllelse. Regelen gir retten mulighet til å suspendere kontraktsoppfyllelsen etter en skjønnsmessig helhetsvurdering.

I dansk rett kan en klage gis «opsættende virkning» dersom «særlige grunde taler herfor».¹⁴⁸ Av bestemmelsens forarbeider fremgår det at den også kan anvendes etter kontraktsinngåelse.¹⁴⁹ Den danske regelen åpner for en tilsvarende interesseavveining som den svenske.

Det er hensiktsmessig å innføre en tilsvarende regel som den svenske eller danske i norsk rett. Regelen innebærer imidlertid en fare for at det tas feil beslutninger. Det kan

¹⁴⁶ Se Lag (2009:1091) om offentlig upphandling 16. kap. 16 §

¹⁴⁷ Se Prop 2009/10:180 s. 153

¹⁴⁸ Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhevelse af udbudsreglerne m.v. § 12 stk. 1

¹⁴⁹ Se LFF 2010-01-27 nr 110 s. 25

være vanskelig å overskue alle mulige konsekvenser av en suspensjon av oppfyllelsen av en kontrakt, særlig der det er tale om større kontrakter. I tillegg til økonomiske konsekvenser vil en suspensjon av en kontrakt om offentlige anskaffelser også kunne gå utover ikke-økonomiske interesser, som det ofte vil være vanskelig måle verdien av. En slik regel må derfor anvendes med forsiktighet. For å sikre færrest mulige uriktige avgjørelser kan det eventuelt innføres et krav om klar sannsynlighetsovervekt for at kontrakten vil bli kjent *uten virkning*.

Et alternativ til å innføre en slik særregel er å åpne for midlertidig forføyning etter de alminnelige reglene i tvisteloven kapittel 32 til 34. Dette kan enkelt gjøres ved å endre anskaffelsesloven § 9 første ledd annet punktum.

De to nevnte løsningene ville innebære en betydelig effektivisering av sanksjonen *uten virkning* i norsk rett. Dette ettersom sanksjonen vil kunne få virkninger på et mye tidligere tidspunkt enn dersom man må vente på rettskraftig dom i siste instans. Som ved midlertidige forføyninger ellers er det imidlertid en fare for at beslutningen er feil, og at dette fører til økonomisk tap eller andre negative konsekvenser for kontraktspartene. Om kontraktspartene i slike tilfeller vil kunne kreve tapet erstattet av saksøker er noe usikkert.¹⁵⁰ Løsningene er ikke fullgode sett hen til de potensielt drastiske konsekvensene av feil beslutning om suspensjon eller midlertidig forføyning.

En annen mulig løsning er å korte ned på saksbehandlingstiden i sanksjonssaker. Dette vil imidlertid kunne være vanskelig ettersom det forutsetter at domstolene hastebehandler slike saker. Dette er derfor neppe en praktisk gjennomførbar løsning.

En tredje løsning er å sette tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger til et tidligere tidspunkt, for eksempel til tidspunktet for stevning eller dom i første instans. En slik løsning er imidlertid neppe særlig heldig med tanke på kontraktspartenes rettsikkerhet. Det er derfor bedre å åpne for suspensjon eller midlertidig forføyning.

¹⁵⁰ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 30-31 og punkt 2.4.4 (petitavsnitt)

Den enkleste og mest praktiske løsningen i norsk rett er å åpne for midlertidig forføyning også etter kontraktsinngåelse. Anskaffelsesloven § 9 første ledd annet punktum må da endres.

Ved å åpne for midlertidig forføyning etter kontraktsinngåelse, vil man også kunne avklare spørsmålet om kontraktspartene må behandle kontrakten som bindende inntil tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger.¹⁵¹ Det ville da kunne oppstilles en regel om at kontraktspartene må behandle kontrakten som bindende enten inntil midlertidig forføyning er besluttet, eller inntil skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger, dersom midlertidig forføyning ikke besluttes.

3.5 Ineffektivitetsoppgjøret

3.5.1 Innledning

Der en kontrakt er kjent *uten virkning* vil det måtte foretas et ineffektivitetsoppgjør mellom kontraktspartene. Det er ikke innført noen regler for dette oppgjøret mellom kontraktspartene i anskaffelsesloven eller forskriftene. I lys av uttalelser i håndhevelsesdirektivet og andre hensyn, kan det stilles spørsmål om ineffektivitetsoppgjøret må eller bør reguleres i lov eller forskrift. Dette spørsmålet behandles under punkt 3.5.2. Under punkt 3.5.3 behandles oppgjøret mellom kontraktspartene der en kontrakt er kjent *uten virkning* for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Videre behandles restitusjonsoppgjøret der en kontrakt er kjent *uten virkning* med tilbakevirkende kraft under punkt 3.5.4.

3.5.2 Må eller bør ineffektivitetsoppgjøret reguleres i lov eller forskrift?

Ineffektivitetsoppgjøret mellom partene i en kontrakt som kjennes *uten virkning* er som nevnt ikke regulert i lov- eller forskrift. Løsningen av spørsmålene om oppgjøret mellom kontraktspartene er overlatt til domstolene.¹⁵² Håndhevelsesutvalget synes å forutsette at oppgjøret skal skje etter alminnelige kontrakts- eller avtalerettslige

¹⁵¹ Se punkt 3.4.2

¹⁵² Se NOU 2010:2 s. 108

prinsipper med visse modifikasjoner som følge av hensynene bak anskaffelsesregelverket og sanksjonen *uten virkning*.¹⁵³ Utvalget tar imidlertid ikke klart stilling til hvordan oppgjøret skal foretas. Hvilke regler som gjelder for ineffektivitetsoppgjøret der en kontrakt er kjent *uten virkning*, er derfor noe uklart.

Det kan stilles spørsmål om håndhevelsesdirektivet pålegger nasjonalstatene å regulere ineffektivitetsoppgjøret. Av håndhevelsesdirektivet art. 2d nr. 2 første ledd fremgår det at «[f]ølgerne af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, fastlægges i national ret». Det er klart at denne bestemmelsen gir uttrykk for at medlemsstatene har en viss frihet ved fastsettelsen av sanksjonens virkninger. Lest i sammenheng med fortalens premiss 21, hvor det fremgår at «[t]ilsvarende skal der i national ret fastlægges regler om følgerne med hensyn til tilbagebetaling af allerede betalte beløb samt enhver anden mulig form for tilbagegivelse, herunder tilbagegivelse i penge, hvis tilbagegivelse i naturalier ikke er mulig», kan bestemmelsen tolkes slik at den ikke bare gir medlemsstatene en viss frihet til å fastsette sanksjonens virkninger, men også en plikt til regulere ineffektivitetsoppgjøret. Med tanke på hvor viktig ineffektivitetsoppgjøret er for at sanksjonen skal få tilsiktet virkning, er en slik tolkning nærliggende. Mer detaljerte regler om ineffektivitetsoppgjøret er imidlertid ikke innført i svensk eller dansk rett. Dette kan tyde på at en motsatt tolkning må legges til grunn.

Videre følger det av praksis fra EU-domstolen at nasjonalstatene plikter å innføre direktivene på en slik måte at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling.¹⁵⁴ Reglene må gjøre det klart for borgerne hvilke plikter og rettigheter de har. Det kan stilles spørsmål om drøftelsen av ineffektivitetsoppgjøret i forarbeidene er tilstrekkelig til å oppfylle de nevnte kravene til forutberegnelighet. EU-domstolen har tidligere fastslått at danske forarbeider er irrelevante ved vurderingen av om dansk rett oppfyller et direktiv.¹⁵⁵ Det samme må antas å gjelde for norske forarbeider.¹⁵⁶ Om det EU-rettslige kravet til forutberegnelighet er oppfylt, er derfor tvilsomt.

¹⁵³ NOU 2010:2 s. 107-110

¹⁵⁴ Se *EØS-rett* (2011) s. 51

¹⁵⁵ Se sak 143/83 og *EØS-rett* (2011) s. 51

¹⁵⁶ Se *EØS-rett* s. 202-203

Uavhengig av om håndhevelsesdirektivet pålegger nasjonalstatene en slik plikt, er det hensiktsmessig å regulere ineffektivitetsoppgjøret. Dette for å bøte på den usikkerheten som sanksjonen *uten virkning* vil kunne medføre.¹⁵⁷ Manglende regulering av de aktuelle spørsmålene er egnet til å svekke forutberegneligheten i kontrakter med det offentlige ytterligere. Tvil om hvordan oppgjøret skal foretas kan også virke prosesskapende. Videre vil kontraktpartene kunne utnytte manglende regulering ved å gjennomføre ineffektivitetsoppgjøret på en måte som gjør sanksjonen mindre effektiv. Manglende regulering kan derfor innebære en fare for at sanksjonen uthules.

Det er tvilsomt om håndhevelsesdirektivet pålegger nasjonalstatene å regulere ineffektivitetsoppgjøret, eller om krav om slik regulering kan utledes fra EØS-retten. På bakgrunn av de forannevnte forholdene bør ineffektivitetsoppgjøret uansett reguleres i lov eller forskrift.

3.5.3 Oppgjør ved illeggelse av sanksjonen med virkning ex nunc

Der sanksjonen ilegges med virkning ex nunc, vil det måtte foretas et oppgjør for den delen av avtalen som står ved lag. I forarbeidene forutsettes det at ineffektivitetsoppgjøret i slike tilfeller skal foretas etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om tilbakesøking.¹⁵⁸ Bestemmelser som gir uttrykk for slike prinsipper finnes blant annet i NS 8405 (Norsk bygge- og anleggskontrakt) kapittel VIII punkt 39.3, bustadoppføringslova § 21 første og annet ledd, og håndverkertjenesteloven § 16 annet ledd.¹⁵⁹

De nevnte bestemmelsene gir uttrykk for et prinsipp om at det skal ytes vederlag for den delen av kontrakten som er oppfylt og bruk av utstyr m.v. etter at kontrakten har opphørt. Dette prinsippet om vederlag for den delen av kontrakten som er oppfylt og bruk av utstyr m.v. må også anvendes der en kontrakt er kjent *uten virkning* ex nunc.

¹⁵⁷ Se punkt 2.3.3

¹⁵⁸ Se NOU 2010:2 s. 109

¹⁵⁹ l.c.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvordan vederlaget for utført arbeid skal utmåles. De nevnte bestemmelsene gir uttrykk for forskjellige utmålingsprinsipper. Etter håndverkertjenesteloven § 16 annet ledd «har tjenesteyteren krav på prisen for hele tjenesten med fradrag for det det normalt koster å få utført den delen som står igjen». Denne løsningen må ses på bakgrunn av at tjenesteyteren i slike tilfeller har vesentlig misligholdt avtalen. Løsningen kan derfor neppe legges til grunn i de tilfellene en kontrakt er kjent *uten virkning*.

Ved fastsettelsen av vederlaget for det som er ytt i de aktuelle tilfellene, må det tas utgangspunkt i utmålingsprinsippet som fremgår av NS 8405 kapittel VIII punkt 39.3 og bustadoppføringslova § 21 første ledd. Etter de sistnevnte bestemmelsene skal vederlaget utmåles etter kontraktens priser.¹⁶⁰ Dette innebærer at leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* ex nunc kan kreve vederlag i samsvar med kontrakten for alt arbeid som er utført før det tidspunktet kontrakten kjennes *uten virkning*.

Dersom oppdragsgiver benytter seg av leverandørens utstyr etter at kontrakten er kjent *uten virkning*, vil det måtte ytes «rimelig vederlag» for dette på tilsvarende måte som etter NS 8405 kapittel VIII punkt 39.3 og bustadoppføringslova § 21 annet ledd.

De sistnevnte bestemmelsene er godt egnet til analogisk anvendelse i de tilfellene en kontrakt kjennes *uten virkning* ex nunc. Det synes ikke å foreligge holdepunkter som tilsier at prinsippene som fremgår av NS 8405 kapittel VIII punkt 39.3 og bustadoppføringslova § 21 første og annet ledd bør fravikes. Bestemmelsene behandles derfor ikke i detalj i denne fremstillingen. Det vises til juridisk teori om emnet.¹⁶¹

¹⁶⁰ Se NS 8405 med kommentarer (2006) s. 667

¹⁶¹ ibid. s. 666-670

3.5.4 Restitusjonsoppgjøret ved illeggelse av sanksjonen med virkning ex tunc

a. Innledning

Ileggelse av sanksjonen *uten virkning* ex tunc forutsetter at det skal foretas et restitusjonsoppgjør hvor ytelsene tilbakeføres og status quo gjenopprettes. I prinsippet skal situasjonen da bli den samme som om kontrakt aldri var inngått. Som nevnt er restitusjonsspørsmålene ikke foreslått regulert. Det oppstår derfor spørsmål om hvilke regler som skal legges til grunn for restitusjonsoppgjøret i slike tilfeller. Dette spørsmålet behandles under avsnitt b. Spørsmål knyttet til tilbakeføringen av hovedytelsen behandles under avsnitt c. Spørsmål om partene må fralegge seg den berikelse de har oppnådd som følge av kontrakten behandles under avsnitt d.

b. Analogisk anvendelse av regler om restitusjon

Der en kontrakt kjennes *uten virkning* med tilbakevirkende kraft, er det nærliggende å se hen til reglene om restitusjon ved kontraktsrettslig heving ex tunc.¹⁶² Som nevnt vil sanksjonen *uten virkning* bare kunne ilegges med tilbakevirkende kraft ved kjøp av varer.¹⁶³ Arten av ytelsene som vil kunne være gjenstand for *uten virkning* ex tunc tilsier at det er mest nærliggende å se hen til kjøpslovens regler om restitusjon.

Kjøpslovens regler er også de mest detaljerte og vil derfor være best egnet til å gi veiledning. Ved behandlingen av spørsmål om restitusjon og andre relevante problemstillinger under avsnitt c og d, vil det derfor tas utgangspunkt i reglene om restitusjon m.m. som følger av kjøpslovens kapittel IX (fellesregler om heving og omlevering) og XI (omsorg for tingen).

Det er imidlertid ikke gitt at løsningene av restitusjonsspørsmålene bør være de samme der en kontrakt kjennes *uten virkning* ex tunc, og der kjøpekontrakter heves. Det er flere vesentlige forskjeller mellom de to situasjonene. Heving i kjøpsforhold forutsetter

¹⁶² Dette er gjort i NOU 2010:2 på s. 107-109

¹⁶³ Se punkt 3.3.3

normalt at selger har vesentlig misligholdt kjøpsavtalen.¹⁶⁴ Kjøpslovens løsning av restitusjonsspørsmålene må ses på bakgrunn av dette. I de tilfellene der en kontrakt kjennes *uten virkning* vil dette ha sin årsak i oppdragsgivers (kjøpers) brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Dette må tas i betraktning ved vurderingen av hvilke av partene som bør pålegges plikter i forbindelse med restitusjonsoppgjøret. Ved vurderingen av hvordan et restitusjonsoppgjør skal foretas i de aktuelle tilfellene, bør det også legges vekt på sanksjonens formål. De løsningene som er egnet til å styrke sanksjonens preventive og gjenopprettende effekt bør i utgangspunktet legges til grunn.

På denne bakgrunn kan kjøpslovens løsning av restitusjonsspørsmålene ikke uten videre anvendes analogisk. Reglene må tilpasses som følge av de spesielle hensynene som gjør seg gjeldende i de tilfellene en kontrakt kjennes *uten virkning ex tunc*. Under følgende avsnitt c og d vil mulige tilpasninger derfor drøftes og foreslås.

Under de nevnte avsnittene vil det ikke gis en generell behandling av reglene om restitusjon. Bare spørsmål om kjøpslovens bestemmelser bør anvendes analogisk, og enkelte spørsmål om kjøpslovens vilkår bør fravikes vil tas opp. For en generell behandling av kjøpslovens regler om restitusjon vises det til juridisk teori.¹⁶⁵

c. Tilbakeføring av hovedytelsen

Et klart utgangspunkt for restitusjonsoppgjør ved heving med tilbakevirkende kraft er at det som er ytt skal tilbakeføres *in natura*. Naturalytelsen skal tilbakeføres så langt det er mulig. Videre skal den erlagte kjøpesummen betales tilbake. Naturalytelsen og kjøpesummen vil måtte tilbakeføres også i de situasjoner en kontrakt er kjent *uten virkning ex tunc*. Dette utgangspunktet volder få problemer. I forbindelse med gjennomføringen av tilbakeføringen kan det imidlertid oppstå en rekke spørsmål. De aktuelle spørsmålene behandles i det følgende.

¹⁶⁴ Påpekt i NOU 2010:2 på s. 108

¹⁶⁵ Se bl.a. Hagstrøm (2011) s. 450-453

Et første spørsmål som oppstår er hvilke beføyelser partene har dersom den andre parten ikke tilbakefører mottatt ytelse. Etter alminnelige kontraktsrettslig regler gjelder prinsippet om ytelse mot ytelse også for restitusjonsoppgjøret mellom partene.¹⁶⁶ En slik regel må oppstilles også for de aktuelle tilfellene. Det er intet grunnlag for å hevde at hensynene bak dette prinsippet ikke gjør seg gjeldende ved pålegg om restitusjon som følge av en ileggelse av sanksjoner. Partene vil ha tilsvarende behov for oppfyllellespress og sikkerhet. Prinsippet innebærer at den ene parten ikke plikter å tilbakeføre mottatt ytelse uten at den annen part tilbakefører mottatt ytelse samtidig. Partene har tilbakeholdsrett, jf. prinsippet i kjøpsloven § 64 annet ledd annet punktum.¹⁶⁷

Det kan stilles spørsmål om leverandøren bør ha rett til å holde kjøpesummen tilbake som sikkerhet for et eventuelt erstatningskrav mot oppdragsgiver, jf. prinsippet i kjøpsloven § 64 annet ledd tredje punktum. Offentlige oppdragsgivere må normalt anses som gode betalere. Behovet for sikkerhet er derfor ikke like stort som i de alminnelige kjøpstilfellene. Det er derfor neppe behov for en slik regel i de aktuelle tilfellene.

Dersom en av partene ikke tilbakefører mottatt ytelse, vil dette utgjøre mislighold av restitusjonsforpliktelsen. Ved restitusjon etter heving vil dette kunne medføre at hevingskravet går tapt.¹⁶⁸ Ved ileggelse av sanksjoner kan det åpenbart ikke oppstilles en tilsvarende regel om at sanksjonen ikke får virkning dersom en av kontraktpartene lar være å tilbakelevere mottatt ytelse. En slik regel ville medføre at kontraktpartene enkelt kunne ha hindret at sanksjonen fikk virkninger. Dersom partene ikke tilbakeleverer det mottatte frivillig, vil kravene måtte tvangsfullbyrdes på alminnelig måte etter tvangsfullbyrdelseslovens regler. Dom om ileggelse av sanksjonen *uten virkning* ex tunc vil utgjøre tvangsgrunnlag i slike tilfeller, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 første ledd bokstav a.

I forbindelse med tilbakeleveringen av det som er ytt, oppstår det også spørsmål om den faktiske gjennomføringen av tilbakeleveringen av kontraktsgjenstanden. Kjøpsloven

¹⁶⁶ *ibid.* s. 447-448

¹⁶⁷ Jf. NOU 2010:2 s. 109

¹⁶⁸ Se Hagstrøm (2011) s. 448

forutsetter at utvekslingen av ytelsene skal skje hos kjøperen, og at selgeren må bære transportkostnadene ved tilbakelevering.¹⁶⁹ Denne løsningen pålegger selgeren den praktiske og økonomiske byrden med tilbakeleveringen.

Ved ileggelse av sanksjonen *uten virkning* er det oppdragsgivers handlinger som har ført til at kontrakten annulleres. En løsning hvor den private parten i kontrakten må bære ytterligere en byrde på grunn av oppdragsgivers regelbrudd, vil ikke være rimelig i alle tilfeller. I tillegg må det antas at det å pålegge oppdragsgiver kostnadene ved å levere tilbake ytelsen til en viss grad kan øke sanksjonens preventive effekt. På denne bakgrunn må oppdragsgiver bære kostnadene ved tilbakeføringen av kontraktsgjenstanden.

I de situasjonene hvor en kontrakt kjennes *uten virkning* vil det også kunne oppstå spørsmål om omsorgsplikt. For tiden mellom ileggelsen av sanksjonen og tilbakeføringen av kontraktsgjenstanden må det oppstilles en regel om oppdragsgivers omsorgsplikt for kontraktsgjenstanden i tråd med alminnelige kontraktsrettslige prinsipper. Regler om omsorgsplikt følger blant annet av kjøpsloven § 73. Bestemmelsen kan gi veiledning for hva omsorgsplikten må innebære også i de aktuelle tilfellene. Plikten innebærer at oppdragsgiver må vise rimelig omsorg for tingen inntil den tilbakeføres.¹⁷⁰ Dette innebærer at oppdragsgiver må ta de forholdsregler som med rimelighet kan kreves for å unngå at gjenstanden blir skadet eller går til grunne.

Etter kjøpsloven oppstilles det også en regel om at selger skal bære kjøpers kostnader knyttet til omsorgen for tingen, jf. § 73 første ledd. Av samme grunner som nevnt foran, ved vurderingen av hvilken av partene som bør bære kostnadene ved tilbakeleveringen av kontraktsgjenstanden, er det ikke gitt at kjøpslovens løsning bør legges til grunn i de aktuelle tilfellene. For omsorgsplikten ville det imidlertid være nokså håpløst om oppdragsgiver skulle måtte bære kostnadene ved omsorgen for kontraktsgjenstanden på ubestemt tid. Dette ville gi den private parten i kontraktsforholdet mulighet til å skyve omsorgskostnadene over på oppdragsgiver, noe det må antas at noen leverandører vil

¹⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 80 (1986-87) s. 116

¹⁷⁰ Se Hagstrøm (2011) s. 627-631.

utnytte. En slik regel ville også medført en fare for uthuling av sanksjonen *uten virkning*. Oppdragsgiver ville lett kunne bli fristet til å fortsette å bruke den aktuelle gjenstanden dersom den forble i hans besittelse.

For å legge press på leverandøren i kontraktsforholdet, bør det derfor oppstilles en tilsvarende regel som i kjøpsloven § 73 første ledd når det gjelder oppdragsgivers kostnader ved omsorgsplikt for ytelser som skal tilbakeføres på grunn av en ileggelse av sanksjonen *uten virkning*. Dette innebærer at den private parten i kontraktsforholdet må bære kostnadene oppdragsgiver pådrar seg ved å måtte yte omsorg for gjenstanden i tiden frem til den mottas av leverandøren, og at oppdragsgiver bør kunne selge gjenstanden for å dekke disse kostnadene, jf. prinsippet i kjøpsloven § 76. Også regelen om oppbevaring hos tredjeperson som følger av kjøpsloven § 74 må kunne anvendes analogisk i de aktuelle tilfellene.

d. Restitusjon av berikelse

Der en kontrakt kjennes *uten virkning* med tilbakevirkende kraft skal situasjonen i prinsippet bli den samme som om kontrakten ikke hadde blitt inngått. Med dette som utgangspunkt vil kontraktspartene sitte igjen med en ugrunnet berikelse, dersom de ikke må tilbakeføre den berikelsen de har oppnådd som følge av kontrakten.¹⁷¹ Der en kontrakt kjennes *uten virkning ex tunc* vil det derfor oppstå spørsmål om tilbakeføring av ugrunnet berikelse på tilsvarende måte som ved heving *ex tunc*.

Et første spørsmål i denne sammenhengen er om oppdragsgiver bør pålegges å yte vederlag for avkastning og nytte han har hatt av kontraktsgjenstanden. Etter kjøpsloven § 65 (1) plikter kjøper å «godskrive selgeren avkastning som han har hatt av tingen og gi rimelig vederlag for vesentlig nytte han ellers har hatt av den».

Oppdragsgiver vil i mange tilfeller kunne ha benyttet kontraktsgjenstanden over en viss periode før den må tilbakeføres. Dersom oppdragsgiver ikke hadde kunnet bruke kontraktsgjenstanden, ville han måtte ha leid eller anskaffet en annen tilsvarende

¹⁷¹ Se Hagstrøm (2011) s. 450 og Krokeide (1982) s. 413-456

gjenstand. I begge tilfeller måtte oppdragsgiver ha ytt vederlag. På den annen side ville leverandøren ha kunnet disponere over gjenstanden ved å bruke den selv, leie den ut eller selge den. I visse tilfeller vil oppdragsgiver også ha oppebåret avkastning av kontraktsgjenstanden. Restitusjon av avkastning er trolig mer praktisk i alminnelige kjøpsforhold enn ved offentlige anskaffelser. Det som anskaffes av det offentlige, og som faller inn under virkeområdet til sanksjonen *uten virkning*, vil sjeldnere gi borgerlige og naturlige frukter enn ytelser som er gjenstand for alminnelige kjøpsavtaler. Kjøp av for eksempel aksjer kan ikke rammes av sanksjonen *uten virkning*.

Dersom oppdragsgiver slipper å yte vederlag for nytte og avkastning, vil han sitte igjen med en ugrunnet berikelse på bekostning av leverandøren.¹⁷² Det er derfor rimelig at oppdragsgiver må yte vederlag for bruken og gi fra seg avkastningen i slike tilfeller. Begrunnelsen for kjøpslovens regel gjør seg gjeldende også i de tilfellene en kontrakt er kjent *uten virkning*.

Det kan også hevdes at det er større grunn til å godskrive leverandøren for bruk av kontraktsgjenstanden og avkastning ved illeggelse av sanksjonen *uten virkning* enn i de alminnelige kjøpstilfellene. I de alminnelige kjøpstilfellene vil selger ha rett på vederlag for den nytte kjøper har hatt av bruken selv om det er selgers mislighold som har ført til heving av kontrakten. Illeggelsen av sanksjonen *uten virkning* vil alltid skyldes at oppdragsgiver (kjøper) har brutt anskaffelsesreglene. På denne bakgrunn kan det stilles spørsmål om kjøpslovens begrensning om at det bare kan kreves vederlag for «vesentlig» nytte bør legges til grunn. I utgangspunktet bør leverandøren i kontrakten ha rett på vederlag for all bruk oppdragsgiver har gjort av kontraktsgjenstanden.

Vesentlighetsbegrensningen i kjøpsloven er gitt av retts tekniske hensyn og hensynet til å motvirke utidige krav.¹⁷³ Ettersom beregningen av vederlaget er skjønnsmessig, kan det være krevende å fastsette vederlaget. Også i de tilfellene der en kontrakt kjennes *uten virkning*, ville det være en fordel om reglene om etteroppgjør utformes på en måte

¹⁷² Se Hagstrøm (2011) s. 450-453

¹⁷³ *ibid.* s. 451

som hindrer unødige tvister og retsteknisk vanskelig håndterbare regler. Dette kan tilsi at vesentlighetsbegrensningen bør legges til grunn også i de aktuelle tilfellene.

Regelen om plikt til å godskrive selger oppebåret avkastning og å yte vederlag for vesentlig nytte i kjøpsloven § 65 (1) bør anvendes analogisk i restitusjonsoppgjør der en kontrakt er kjent *uten virkning* med tilbakevirkende kraft. Terskelen for hva som kan anses som vesentlig nytte bør imidlertid settes lavere i de aktuelle tilfellene enn i de alminnelige kjøpstilfellene.

Det neste spørsmålet er om det må oppstilles en regel om plikt til å betale renter av kjøpesummen som skal tilbakeføres. Det er ikke foreslått noen regler om renteplikt for slike tilfeller. Avgjørelsen av om det skal oppstilles renteplikt for leverandøren er overlatt til domstolene.¹⁷⁴

Om renteplikt kan oppstilles på ulovfestet grunnlag, har tradisjonelt vært omtvistet i juridisk teori.¹⁷⁵ I senere tid har det imidlertid skjedd en oppmykning av det tradisjonelle hjemmelskravet for renteplikt, jf. avgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 71, som tilsier at plikt til å betale renter vil kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag.¹⁷⁶ Renteplikt må derfor også kunne oppstilles på ulovfestet grunnlag for de aktuelle tilfellene. Spørsmålet er derfor om en slik renteplikt bør oppstilles.

Dersom det ikke oppstilles en regel om renteplikt, vil leverandøren i utgangspunktet sitte igjen med en ugrunnet berikelse på tilsvarende måte som dersom oppdragsgiver ikke skulle måtte yte vederlag for bruk og avkastning. Dette tilsier at det bør oppstilles en regel om renteplikt i de aktuelle tilfellene.

I forhold til de tradisjonelle kontraktsrettslige restitusjonsoppgjørene er det imidlertid flere forhold som taler mot en slik renteplikt der en kontrakt kjennes *uten virkning*. I forarbeidene fremheves følgende:

¹⁷⁴ Se NOU 2010:2 s. 108

¹⁷⁵ Se Hagstrøm (2011) s. 451

¹⁷⁶ Påpekt av håndhevelsesutvalget, se NOU 2010:2 s. 108

«Dersom muligheten for «uten virkning» ex tunc begrenses til de tilfeller hvor kontraktsgjenstanden kan tilbakeføres i vesentlig samme stand og mengde, er det videre grunn til å tro at «uten virkning» ex tunc først og fremst kan bli aktuelt forholdsvis kort tid etter oppfyllelse. I slike tilfeller vil oppdragsgiver antakelig normalt ha hatt begrenset nytte eller avkastning av ytelsen, samtidig som et rentekrav mot leverandør kan komme opp i et relativt betydelig beløp. I lys av at sanksjonen «uten virkning» særlig er rettet mot oppdragsgivere, fremstår en slik løsning ikke uten videre som rimelig.»¹⁷⁷

Renteplikt for leverandøren i de aktuelle tilfellene, vil kunne få den konsekvensen som er fremhevet i forarbeidene. Dette er imidlertid ikke gitt. Hvor stort rentekravet blir i forhold til avkastning og vederlag for nytte er avhengig av rentesatsen og hvordan vederlag for nytte utmåles, samt hvor lang tid det går mellom kontraktsinngåelse og ileggelse av sanksjonen. Rentesatsen kan fastsettes lavt slik at sjansen for et urimelig resultat blir mindre. Dette er derfor neppe et sterkt argument mot renteplikt for leverandøren.

Det fremstår ikke nødvendigvis som like rimelig at leverandøren skal måtte betale renter der det er oppdragsgivers regelbrudd som har ledet til at kontrakten kjennes *uten virkning*. Situasjonen er imidlertid ikke annerledes i alminnelige kjøpsforhold. Selv om det er kjøpers mislighold som fører til heving av en kjøpekontrakt, har kjøper krav på renter. Dette kan tilsi at det bør oppstilles en regel om renteplikt i de aktuelle tilfellene.

En regel om at oppdragsgiver ikke kan kreve renter av kjøpesummen vil være egnet til å styrke den preventive virkningen av sanksjonen *uten virkning*. Oppdragsgiver vil da lide ytterligere tap som følge av ileggelse av sanksjonen. Dette er et argument mot renteplikt i de aktuelle tilfellene.

På bakgrunn av de forannevnte argumentene er det tvilsomt om det bør oppstilles en regel om renteplikt i de aktuelle situasjonene. Antakelig bør det legges avgjørende vekt på preventive hensyn i denne sammenheng. Oppdragsgiver bør derfor ikke kunne kreve renter av kjøpesummen fra leverandøren der en kontrakt er kjent *uten virkning*.

¹⁷⁷ Se NOU 2010:2 s. 108

Dersom renteplikt likevel oppstilles, vil det oppstå spørsmål om hvilke rentesats som skal legges til grunn. Håndhevelsesutvalget bemerket at det uansett ikke kunne være aktuelt å tilkjenne renter tilsvarende forsinkelsesrente slik kjøpsloven § 65 (2) foreskriver. Etter den sistnevnte bestemmelsen skal det betales renter tilsvarende forsinkelsesrente fastsatt med hjemmel i forsinkelsesrenteloven § 3. Forsinkelsesrenten er satt høyere enn markedsrenten for å skape oppfyllellespress ved betalingsmislighold. I teorien har det vært kritisert at selger skal måtte betale en høyere rente enn markedsrenten, ettersom det ikke er tale om mislighold av betalingsforpliktelser i slike situasjoner.¹⁷⁸ I de situasjonene der en kontrakt kjennes *uten virkning*, vil det virke enda mer urimelig om forsinkelseslovens rentesats skulle legges til grunn. Dersom det oppstilles renteplikt i de aktuelle tilfellene, må derfor en markedsrente i det lavere sjiktet legges til grunn.

¹⁷⁸ Se Hagstrøm (2011) s. 451

4 Erstatning til leverandøren i kontraktsforholdet

4.1 Innledning

4.1.1 Problemstilling

Anskaffelsesloven § 13 innebærer at kontrakter inngått med det offentlige i visse situasjoner skal kjennes *uten virkning*. Leverandøren i kontrakten som kjennes *uten virkning* vil da ikke kunne kreve naturaloppfyllelse. Leverandøren vil i mange slike situasjoner lide tap. Der en kontrakt kjennes *uten virkning* vil det derfor oppstå spørsmål om leverandøren kan kreve erstatning for det tapet som er lidt som følge av den irregulære avviklingen av kontrakten. Det vil også oppstå spørsmål om hvordan et slikt tap skal utmåles.

Håndhevelsesdirektivet gir ingen eksplisitte føringer for hvordan spørsmålet om erstatning til leverandører skal løses. Erstatningsspørsmålet er heller ikke omtalt i endringsdirektivets forarbeider. Dette innebærer at de aktuelle erstatningsspørsmålene må løses i nasjonal rett.

I forarbeidene forutsettes det at det skal tas utgangspunkt i anskaffelsesloven § 10 og alminnelige erstatningsrettslige prinsipper ved vurderingen av problemstillingen.¹⁷⁹

Utviklingen og konkretiseringen av erstatningsrettslige retningslinjer er overlatt til domstolene.¹⁸⁰ Anskaffelsesloven § 10 gir imidlertid ingen veiledning for løsningen av det aktuelle spørsmålet. Bestemmelsen oppstiller ikke et selvstendig ansvarsgrunnlag for brudd på anskaffelsesreglene, men er bare en henvisning til alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper.¹⁸¹

¹⁷⁹ Se NOU 2010:2 s. 175 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 64

¹⁸⁰ Se NOU 2010:2 s. 174

¹⁸¹ Se Ot.prp. nr. 71 (1997-98) s. 68

Etter dette er det naturlige utgangspunktet for vurderingen av det aktuelle erstatningsspørsmålet de alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige prinsippene, som i norsk rett er utviklet i samspill mellom rettspraksis og teori. Etter de ulovfestede prinsippene om erstatning oppstilles det tre grunnvilkår: Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, det må være adekvat årsakssammenheng mellom det ansvarsbetingende forholdet og tapet, og det må foreligge økonomisk tap.¹⁸² I denne fremstillingen tas det utgangspunkt i de tre grunnvilkårene for erstatning. Ved behandlingen av de tre grunnvilkårene må de hensynene sanksjonen *uten virkning* bygger på trekkes inn i vurderingen.

Det overordnede spørsmålet under dette hovedpunktet i fremstillingen er hvilken av kontraktspartene som bør bære risikoen for lidt tap hos leverandøren som følge av at en kontrakt er kjent *uten virkning*.

Flere av de spørsmålene om vilkårene for erstatning som oppstår i de aktuelle situasjonene, vil måtte løses på samme måte som i de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene. Bare de spesielle problemstillingene som oppstår i de situasjonene en kontrakt er kjent *uten virkning* vil behandles i denne avhandlingen. Vilkåret om at det må foreligge økonomisk tap, og vilkåret om adekvans behandles derfor ikke. Det vil heller ikke redegjøres generelt for utmålingsperspektivene (negativ og positiv kontraktsinteresse). For en generell behandling av de sistnevnte problemstillingene vises det til juridisk teori.¹⁸³

Det som drøftes under dette hovedpunktet i avhandlingen vil også kunne være relevant for de situasjonene der en kontrakt *avkortes* etter anskaffelsesloven § 14.

4.1.2 Forholdet til de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene

De alminnelige erstatningsrettslige prinsippene er av abstrakt karakter og gir bare utgangspunkter for vurderinger i konkrete saker. Hvordan de alminnelige

¹⁸² Se Hagstrøm (2011) s. 466

¹⁸³ *ibid.* s. 537-587

erstatningsrettslige prinsippene skal tilpasses og anvendes i de situasjonene leverandøren i en kontrakt krever erstatning som følge av at en kontrakt er kjent *uten virkning* er derfor ikke klart.

Sanksjonens virkninger har visse fellestrekk med virkningene av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene. Der en kontrakt heves, avbestilles, påstås ugyldig eller kjennes *uten virkning*, vil kontrakten bortfalle, enten med tilbakevirkende kraft eller med virkning for fremtidig oppfyllelse. En nærliggende tanke er derfor å søke veiledning i erstatningsreglene som er oppstilt for situasjoner der en kontrakt avvikles på irregulær måte som følge av at den avbestilles, påstås ugyldig eller heves.

Situasjonen der en kontrakt kjennes *uten virkning* skiller seg imidlertid fra de tradisjonelle ineffektivitetssituasjonene på flere punkter.

Frem til innføringen av sanksjonen *uten virkning* har kontrakter inngått etter avholdt anbudskonkurranse blitt stående, selv om det er begått feil i anbudsproessen. Medkontrahtenten til den som har opptrådt erstatningsbetingende i anbudsproessen har dermed ikke blitt direkte påvirket av krav fra tredjepersoner som fremmes som følge av normbrudd forut for kontraktsinngåelse. Situasjonen der en medkontrahtent krever erstatning på grunn av at en kontrakt annulleres som følge av anbudsfeil, er derfor ny. Dette kan tilsi at de erstatningsreglene som er utviklet for de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene, har begrenset overføringsverdi.

Sanksjonen *uten virkning* bygger også på helt andre hensyn enn de fleste tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene. Sanksjonen har som formål å sikre etterlevelsen av anskaffelsesregelverket som bygger på en rekke hensyn som ikke er relevante ved vurderingen av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene.¹⁸⁴ Med unntak for avtaler som anses ugyldige fordi de er reproberte¹⁸⁵, og avbestilling, bygger de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene i det vesentlige på hensyn til kontraktspartene selv og ikke

¹⁸⁴ Se *EØS-rett* (2011) s. 617-622 for en gjennomgang av hensynene bak reglene om offentlige anskaffelser

¹⁸⁵ Se NL 5-1-2 og Hauge (2009) s. 427-429

overordnede samfunnsmessig hensyn. Avveiningene av hensyn som danner grunnlag for erstatningsreglene i de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene, kan derfor ikke overføres uten videre. Dette tilsier at det ikke bør legges avgjørende vekt på hvordan erstatningsspørsmålene er løst i de tradisjonelle tilfellene. Det bør i stedet åpnes for å oppstille nye erstatningsregler på bakgrunn av en avveining av de hensynene som gjør seg gjeldene der en kontrakt er kjent *uten virkning*.

En annen viktig forskjell fra de tradisjonelle tilfellene er at partene i en kontrakt ikke har herredømme over om sanksjonen *uten virkning* skal ilegges eller ikke når kontrakt først er inngått. En kontraktspart som har grunnlag for å heve, avbestille eller påstå ugyldighet, kan velge om han vil gjøre ineffektivitetsgrunnlag gjeldende. I de tilfeller hvor en kontrakt kjennes *uten virkning* er det tredjepersoner som står utenfor kontrakten som har bestemmende innflytelse over om sanksjonen skal ilegges eller ikke.

De forskjellene som er trukket frem her, bør kunne få betydning for utformingen av reglene om erstatning til leverandører i kontrakter som kjennes *uten virkning*. Som følge av disse forskjellene, er det neppe hensiktsmessig å ta utgangspunkt i de mer detaljerte reglene om erstatningsansvar i de tradisjonelle ineffektivitetstilfellene. Det synes lite formålstjenlig å vurdere hvilke av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene *uten virkning* har størst likhet med, for så å anvende erstatningsreglene som gjelder for slike tilfeller analogisk. Fremstillingen i det følgende vil derfor ikke ta direkte utgangspunkt i de tradisjonelle kontraktsrettslige erstatningsreglene, men heller ta utgangspunkt i de overordnede prinsippene for erstatning i kontrakt. Ved vurderingen av aktuelle ansvarsgrunnlag vil imidlertid også de anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene om erstatning for positiv og negativ også kontraktsinteresse drøftes.

Ved vurderingen av hvilke erstatningsrettslige retningslinjer som bør oppstilles, må det tas utgangspunkt i hensynene bak sanksjonen *uten virkning* og hensynet til en rimelig risikofordeling mellom kontraktspartene.

4.1.3 Den videre fremstilling

Under punkt 4.2 vil mulige aktuelle ansvarsgrunnlag drøftes. Videre vil spørsmålet om betydningen av leverandørens kunnskap om regelbruddet behandles under punkt 4.3. Spørsmålet om det kan og bør kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse drøftes under punkt 4.4. Avslutningsvis under punkt 4.5 vil det oppstilles en egen ansvarsmodell basert på drøftelsene under dette hovedpunktet. I tillegg vil det diskuteres om adgangen til å kreve erstatning i de aktuelle tilfellene bør lovreguleres. Det vil også drøftes kort om leverandøren kan ta forbehold om erstatning for de aktuelle tilfellene.

4.2 Ansvarsgrunnlaget

4.2.1 Innledning

Fremstillingen i det følgende vil deles i to. Først drøftes de anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene under punkt 4.2.2. Deretter drøftes det om det bør oppstilles egne ansvarsgrunnlag basert på kontraktsrettslige prinsipper om risikofordeling og reelle hensyn under punkt 4.2.3.

Ved drøftelsen av ansvarsgrunnlag er det viktig å ha i mente at dette bare er ett av flere vilkår for erstatning. I mange tilfeller bør erstatning ikke kunne tilkjennes selv om det foreligger ansvarsgrunnlag. Som fremstillingen under punkt 4.3 vil vise bør det oppstilles et vilkår om at leverandøren var i aktsom god tro for erstatning skal kunne tilkjennes. Dette innebærer at vilkåret om aktsom god tro bør gjøres til en integrert del av ansvarsgrunnlaget. Vilkåret om god tro behandles likevel under et eget punkt i fremstillingen (4.3).

4.2.2 Anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlag

Ved vurderingen av hvilke ansvarsgrunnlag som kan anvendes i de situasjonene der en kontrakt kjennes *uten virkning*, tok håndhevelsesutvalget utgangspunkt i

anskaffelsesloven § 10 og alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.¹⁸⁶ Det synes likevel noe uklart om utvalget forutsatte at det skal tas utgangspunkt i de anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene om positiv og negativ kontraktsinteresse som er utviklet i norsk rettspraksis.¹⁸⁷ De nevnte ansvarsgrunnlagene er likevel det naturlige utgangspunktet for drøftelsen av ansvarsgrunnlag i de tilfeller en kontrakt er kjent *uten virkning*. I det følgende drøftes derfor konsekvensene av å benytte de anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene i de aktuelle tilfellene.

I anskaffelsesretten skilles det som kjent mellom hva slags tap det kreves erstatning for. Det er oppstilt egne anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlag for krav om henholdsvis positiv og negativ kontraktsinteresse.

Etter det anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlaget om erstatning for negativ kontraktsinteresse er brudd på anskaffelsesregelverket normalt tilstrekkelig til å statuere ansvarsgrunnlag.¹⁸⁸ Det stilles i utgangspunktet ikke krav om at regelbruddet skal være av en bestemt karakter.¹⁸⁹ Mye taler derfor for at ansvaret for regelbrudd etter dette ansvarsgrunnlaget er objektivt. Helt klart er dette imidlertid ikke. Spørsmålet har ikke vært satt på spissen i rettspraksis.

Erstatningsansvaret for den negative kontraktsinteressen begrenses av at det oppstilles et krav om at leverandøren ikke ville ha deltatt i konkurransen dersom leverandøren hadde kjent til det fremtidige regelbruddet (årsakssammenheng).¹⁹⁰ Der oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig kan det ses bort fra dette vilkåret om årsakssammenheng.¹⁹¹

Dersom dette ansvarsgrunnlaget legges til grunn i de aktuelle tilfellene, vil oppdragsgiver i utgangspunktet være erstatningsansvarlig for den negative

¹⁸⁶ *ibid.* s. 175

¹⁸⁷ *ibid.* s. 174-175

¹⁸⁸ Jf. Rt. 1997 s. 574

¹⁸⁹ Se Dragsten (2005) s. 336

¹⁹⁰ *l.c.*

¹⁹¹ *ibid.* s. 340

kontraktsinteressen på objektivt grunnlag.¹⁹² En slik regel synes å stemme overens med forutsetningene i forarbeidene.¹⁹³

Dersom en forbigått leverandør krever erstatning for positiv kontraktinteresse, følger det av rettspraksis at det kreves mer enn dersom det bare kreves erstatning for negativ kontraktinteresse. I rettspraksis er det oppstilt en regel om at det må foreligge en «vesentlig feil» for at en forbigått leverandør skal kunne kreve erstatning for positiv kontraktinteresse.¹⁹⁴ I Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) uttalte Høyesterett følgende om vurderingen av om det foreligger vesentlige feil:

«Det må vere eit visst rom for feil ved vurdering av anbod, både med omsyn til det faktiske grunnlaget og med omsyn til forståing av regelverket, utan at dette gir grunnlag for ansvar for den positive kontraktsinteressa. Etter mitt syn bør utgangspunktet vere at det må vere vesentlege feil. I vurderinga av om ein feil er vesentleg, må det takast omsyn både til storleiken på feilen, typen av feil og kor mykje oppdragsgivaren er å leggje til last.»¹⁹⁵

Slik ansvarsgrunnlaget om vesentlige feil er lagt til grunn i rettspraksis, kreves det normalt at oppdragsgiver har opptrådt kvalifisert klanderverdig.¹⁹⁶ Sanksjonen *uten virkning* tar sikte på å ramme visse alvorlige brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Der sanksjonen ilegges vil oppdragsgiver normalt ha opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig.¹⁹⁷ I de tilfellene hvor det foreligger brudd på prosedyreregler i forskrift kombinasjon med brudd på reglene om karenperiode eller suspensjonstid, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3, kan det vanskelig tenkes at oppdragsgiver ikke har opptrådt i det minste grovt uaktsomt.¹⁹⁸ I slike situasjoner har oppdragsgiver brutt de enkle og klare reglene om karenperiode eller suspensjonstid, og

¹⁹² Ansvar forutsetter formentlig at leverandøren var i god tro, se punkt 4.3.

¹⁹³ Se NOU 2010:2 s. 175

¹⁹⁴ Se Rt. 2001 s. 1026, Rt. 2007 s. 983, Rt. 2008 s. 982 og Dragsten (2005) s. 317-326

¹⁹⁵ Jf. Rt 2001 s. 1026 (s. 1079)

¹⁹⁶ Se Dragsten (2005) s. 314

¹⁹⁷ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 25 og punkt 4.2.3 (om culpa i situasjonene der en kontrakt er kjent *uten virkning*)

¹⁹⁸ se punkt 4.2.3

oppdragsgiver vil dermed så godt som alltid måtte anses for å ha begått en vesentlig feil. Der en kontrakt er kjent *uten virkning* som følge av at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse eller brudd på prosedyrereglene for avtaler basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. henholdsvis § 13 første ledd bokstav b nr. 1 og 2, kan det imidlertid tenkes tilfeller der oppdragsgiver ikke har opptrådt grovt uaktsomt.¹⁹⁹ Oppdragsgiver vil derfor ikke alltid være ansvarlig etter ansvarsgrunnlaget om vesentlige feil der sanksjonen er ilagt etter en av de to sistnevnte bestemmelsene.

Vilkåret om vesentlige feil vil ikke uten videre være oppfylt i alle de tilfellene en kontrakt er kjent *uten virkning*. Dette innebærer at oppdragsgiver ikke alltid vil være erstatningsansvarlig dersom dette ansvarsgrunnlaget legges til grunn.

I lys av senere tids rettspraksis fra EU-domstolen, kan det imidlertid stilles spørsmål om den norske regelen om vesentlige feil kan opprettholdes. Dersom det anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlaget om positiv kontraktsinteresse legges til grunn i de aktuelle tilfellene, vil spørsmålet om den norske regelen om vesentlige feil kan opprettholdes også kunne få betydning i saker hvor det kreves erstatning som følge av at en kontrakt er annullert. Det sistnevnte spørsmålet drøftes derfor her.

To tidligere avgjørelser EU-domstolen om de tradisjonelle erstatningstilfellene har fastslått at det er i strid med håndhevelsesdirektivet å kreve at leverandøren må godtgjøre at oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt for at erstatning skal kunne tilkjennes.²⁰⁰ Dette tilsier at det i det minste må oppstilles en regel om omvendt bevisbyrde med tanke på culpa som moment i vesentlighetsvurderingen.

Avgjørelsen i *Strabag*-saken²⁰¹ reiser spørsmål om det må oppstilles et rent objektivt ansvar for brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Hovedspørsmålet i *Strabag*-saken var om det i nasjonal rett kunne oppstilles vilkår om uaktsomhet med omvendt bevisbyrde og objektivisert vurdering av skyld.²⁰² EU-domstolen kom til at en slik regel

¹⁹⁹ l.c.

²⁰⁰ Se sak C-275/03 og C-70/06 og Simonsen (2010)

²⁰¹ Se sak C-314/09

²⁰² Se Simonsen (2010)

var i strid med håndhevelsesdirektivet. Avgjørelsen tilsier at ansvaret for brudd på anskaffelsesreglene er rent objektivt.²⁰³

Som følge *Combinatie*-saken²⁰⁴ kan det imidlertid stilles spørsmål om det må ses bort fra uttalelsene i *Strabag*-saken.²⁰⁵ Dommen i *Combinatie*-saken ble avsagt omtrent to måneder etter *Strabag*-saken. Den senest avsatte avgjørelsen avviker markant fra avgjørelsen i *Strabag*-saken. Begge sakene behandler spørsmålet om hvilke regler om erstatning for brudd på anskaffelsesreglene som kan oppstilles i nasjonal rett.²⁰⁶

I *Combinatie*-dommen vurderes imidlertid den nasjonale regelen opp mot medlemsstatenes alminnelige erstatningsplikt overfor borgerne ved tilsidesettelse av EU-retten.²⁰⁷ Som følge av dette stilles det langt mindre strenge krav til medlemsstatenes erstatningsrett på det aktuelle området i *Combinatie*-dommen enn i *Strabag*-dommen. Avgjørelsen i *Combinatie*-saken tilsier at det ikke nødvendigvis må oppstilles en regel om objektivt ansvar for brudd på anskaffelsesreglene, men at unnskyldelige feil kan gå klar av erstatningsplikten.

På denne bakgrunn er det usikkert om det må oppstilles et objektivt ansvarsgrunnlag for brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Dette er avhengig av hvilken avgjørelse som legges til grunn. Dersom *Strabag*-avgjørelsen legges til grunn, må det formodentlig oppstilles et objektivt ansvar for brudd på reglene om offentlige anskaffelser. Dersom *Combinatie*-avgjørelsen legges til grunn, vil det norske vilkåret om at det må være begått vesentlige feil kunne opprettholdes.

Antakelig må *Combinatie*-dommen legges til grunn ettersom denne er avsagt etter *Strabag*-dommen, og bærer preg av å være av mer prinsipiell karakter.²⁰⁸ Dette innebærer at den norske regelen om vesentlige feil kan opprettholdes.

²⁰³ Se Fredriksen (2010) s. 605-609

²⁰⁴ Se sak C-568/08

²⁰⁵ Se Simonsen (2011)

²⁰⁶ l.c.

²⁰⁷ Se *EØS-rett* (2011) s. 208-217

²⁰⁸ Se Simonsen (2011)

De anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene som er utviklet i norsk rettspraksis vil kunne legges til grunn også i saker der en kontrakt er kjent *uten virkning*. Dersom ansvarsgrunnlaget om negativ kontraktsinteresse legges til grunn, taler mye for at erstatningsansvaret i utgangspunktet er objektivt. Også ansvarsgrunnlaget om vesentlige feil kan tenkes anvende i de aktuelle tilfellene. Legges det sistnevnte ansvarsgrunnlaget til grunn vil oppdragsgiver imidlertid ikke være erstatningsansvarlig i alle de tilfeller en kontrakt er kjent *uten virkning*.

4.2.3 Et eget ansvarsgrunnlag for «uten virkning»-tilfellene?

Ovenfor er det redegjort for de anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene i norsk rett. Det kan imidlertid stilles spørsmål om disse grunnlagene bør benyttes når en kontrakt er kjent *uten virkning*. De anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlagene er utviklet med tanke på helt andre situasjoner. Det kan derfor synes like hensiktsmessig å oppstille egne ansvarsgrunnlag for de aktuelle situasjonene. Som nevnt er det neppe hensiktsmessig å anvende de kontraktsrettslige reglene direkte i situasjoner der en kontrakt er kjent *uten virkning*.²⁰⁹ Prinsippene de kontraktsrettslige erstatningsreglene bygger på bør likevel kunne tjene som en inspirasjonskilde for å oppstille et særskilt ansvarsgrunnlag for de tilfeller hvor en kontrakt er kjent *uten virkning*.

I Rt. 2001 s. 1062 (Nucleus) skapte Høyesterett et nytt ansvarsgrunnlag om erstatning for positiv kontraktsinteresse til forbigåtte leverandører. I denne forbindelse uttalte Høyesterett følgende:

*«Som påpeika av Simonsen på side 359-361 [se Simonsen (1997)], tilseier karakteren av anbodsretten at det kan vere aktuelt å ta i bruk mellømløysingar, med element både frå kontraktretten og frå den vanlege skadebotretten. Dette er eg einig i, i det eg her legg til at den nærare utforminga nettopp må ta utgangspunkt i dei særdraga som følgjer med bruk av anbod.»*²¹⁰

²⁰⁹ Se punkt 4.1.2

²¹⁰ Se Rt. 2001 s. 1062 (s. 1079)

På tilsvarende måte bør det åpnes for å oppstille et eget ansvarsgrunnlag basert på elementer fra både kontraktsretten og alminnelig erstatningsrett for de aktuelle tilfellene.

I de situasjonene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning* er kontrakt inngått. Dette tilsier at kontraktsretten bør tillegges større betydning enn i de tilfeller hvor en forbigått leverandør krever erstatning for positiv kontraktsinteresse. På bakgrunn av kontraktsrettslige prinsipper og reelle hensyn bør det oppstilles et eget ansvarsgrunnlag basert på hva som er en rimelig risikofordeling mellom kontraktspartene. Den sentrale problemstillingen ved utformingen av et eget ansvarsgrunnlag for de aktuelle tilfellene er derfor hvilken av kontraktspartene som er nærmest til å bære risikoen for lidt tap hos leverandøren som følge av at en kontrakt er kjent *uten virkning*.

Det at kontrakt er inngått innebærer også at det bør åpnes for ansvarsgrunnlag som kan gi rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse. De ansvarsgrunnlagene som foreslås i det følgende tar høyde for dette. Om det kan og bør kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse drøftes imidlertid ikke under dette punktet i fremstillingen, men under punkt 4.4.

Et første spørsmål i denne forbindelse er om det bør oppstilles et eget objektivt ansvarsgrunnlag for *uten virkning*-tilfellene.

I forarbeidene fremheves følgende om risikofordelingen mellom oppdragsgiver og leverandør:

*«Det kan hevdes at den godtroende medkontrahent må ha en berettiget forventning om at oppdragsgiver følger grunnleggende anskaffelsesregler, som er avgjørende for at kontrakten får vanlige privatrettslige virkninger. Selv om de rettslige vurderinger i grensetilfeller kan være kompliserte også for oppdragsgiver, synes oppdragsgiver å være nærmest til å bære risikoen for eventuelle feilvurderinger. Som et utgangspunkt er det da mye som taler for at et regelbrudd overfor en aktsomt godtroende leverandør vil utgjøre erstatningsrettslig ansvarsgrunnlag.»*²¹¹

²¹¹ Se NOU 2010:2 på s. 175

Som antydnet i forarbeidene er oppdragsgiver nærmest til å bære risikoen for at det begås regelbrudd.²¹² Oppdragsgiver er pliktsubjektet etter anskaffelsesreglene, og det er oppdragsgiver som har avgjørende innflytelse på hvordan anskaffelsesprosessen skal gjennomføres. Om leverandøren i kontrakten har hatt mulighet til å påvirke anskaffelsesprosedyren vil variere. Det synes derfor rimelig at oppdragsgiver bærer risikoen for egne regelbrudd. Dette er et tungtveiende argument for at det bør oppstilles et objektivt ansvarsgrunnlag for de aktuelle tilfellene.

I denne sammenhengen er det grunn til å trekke inn hensynene bak kontrollansvaret som gjelder for en rekke kontraktstyper i norsk rett.²¹³ De lovfestede reglene om kontrollansvaret bygger på et grunnleggende kontraktsrettslig prinsipp om risikofordeling. Der den ene kontraktsparten har mulighet til å påvirke forhold som er av betydning for kontraktsoppfyllelsen, må denne kontraktsparten bære risikoen for dette forholdet. Ansvaret er derfor objektivt med unntak for visse hindringer utenfor kontraktspartens kontrollsfære. Etter rettspraksis er kontrollsfæren meget omfattende.²¹⁴

Dersom prinsippet om risikofordeling som de lovfestede reglene om kontrollansvaret bygger på overføres til de tilfellene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning*, synes det rimelig klart at ansvaret for lidt tap hos leverandøren bør være objektivt. Dette tilsier at det bør oppstilles en regel om objektivt ansvar for oppdragsgiver for alle de tilfeller en kontrakt kjennes *uten virkning*.

I forarbeidene fremheves det også at samfunnsøkonomiske hensyn kan tilsi at medkontrahenten bør kunne innrette seg etter oppdragsgivers vurderinger.²¹⁵ Hvilke samfunnsøkonomiske hensyn det siktes til, presiseres ikke nærmere. Antakelig siktes det til hensynet til forutberegnelighet. Hensynet tilsier at regelbruddet bør være tilstrekkelig til å statuere ansvarsgrunnlag. Dette vil gi leverandører, som i aktsom god tro innretter seg etter oppdragsgivers vurderinger, en økonomisk sikkerhet som vil gjøre

²¹² Spørsmål om betydningen av leverandørens kunnskap om regelbruddet behandles under punkt 6.3

²¹³ Se f.eks. kjøpsloven § 27 første ledd og husleieloven § 2-13 første ledd

²¹⁴ Se Rt. 2004 s. 675 (Agurkpinnedommen)

²¹⁵ Se NOU 2010:2 s. 176

det mer fristende å handle med det offentlige. Dersom leverandører risikerer større økonomisk tap på grunn av begivenheter de ikke kan, eller har hatt foranledning til å kontrollere, vil dette kunne føre til at leverandører vegrer seg for å handle med offentlige oppdragsgivere, eller priser inn denne risikoen i de tilbud som gis. I siste omgang er det da det offentlige som vil tape på dette. Et slikt resultat ville være i strid med anskaffelsesreglenes målsetting om effektiv ressursbruk.²¹⁶

Et objektivt ansvarsgrunnlag er også egnet til å styrke den preventive effekten av sanksjonen *uten virkning*. Dersom oppdragsgiver i tillegg til sanksjonsileggelse må erstatte medkontrahentens tap, vil dette kunne føre til at oppdragsgiver blir mer påpasselig med å følge anskaffelsesregelverket.

Et objektivt ansvarsgrunnlag vil også innebære en retts teknisk forenkling. Retten ville i slike tilfeller kunne unnlate å gå inn på tid- og ressurskrevende bevisspørsmål, og vurderinger av om oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt.

I fortsettelsen av uttalelsene i forarbeidene fremheves det at erstatningsansvar vil kunne ramme oppdragsgiver hardt, særlig i de tilfellene der en kontrakt kjennes *uten virkning ex nunc*, og det i tillegg ilegges overtredelsesgebyr.²¹⁷ Oppdragsgiver vil kunne rammes hardt av et erstatningskrav i slike situasjoner. Dette er imidlertid ikke et tungtveiende argument mot å oppstille et objektivt ansvarsgrunnlag.

Oppdragsgiver vil også kunne forhindre ileggelse av sanksjonen i de aller fleste tilfeller, enten ved å vurdere anskaffelsen grundig, eller ved å foreta en frivillig intensjonskunngjøring og overholde en frivillig karensperiode dersom det er tvil om anskaffelsen må kunngjøres, jf. anskaffelsesloven § 13 annet ledd.²¹⁸ I tillegg kan oppdragsgiver forkorte søksmålsfristen for søksmål med påstand om ileggelse av

²¹⁶ Se anskaffelsesloven § 1

²¹⁷ Se NOU 2010:2 s. 175

²¹⁸ *ibid* s. 176 og punkt 2.5.3 og 2.5.4

sanksjoner vesentlig, jf. § 15 femte og sjette ledd.²¹⁹ Dette taler sterkt for at det bør oppstilles et objektivt ansvarsgrunnlag for de aktuelle tilfellene.

På denne bakgrunn bør det oppstilles et objektivt ansvarsgrunnlag for oppdragsgiver for de tilfellene hvor en kontrakt kjennes *uten virkning*.

Dersom det ikke oppstilles et objektivt ansvarsgrunnlag kan det stilles spørsmål om oppdragsgiver er eller bør være ansvarlig på culpagrunnlag. I det følgende er det de nevnte spørsmålene, og spørsmålet om konsekvensene av at oppdragsgiver eventuelt er ansvarlig på culpagrunnlag, som behandles. For en generell gjennomgang av culpanormen vises det til juridisk teori.²²⁰

Det ulovfestede uaktsomhetsansvaret gjelder generelt i norsk rett.²²¹ Regelen om erstatningsansvar for uaktsomme handlinger og unnlatelser kommer til anvendelse i og utenfor kontrakt. I utgangspunktet synes det derfor rimelig klart at culpanormen kommer til anvendelse også der det kreves erstatning som følge av at en kontrakt er kjent *uten virkning*. Sett hen til det anskaffelsesrettslige ansvarsgrunnlaget om «vesentlige feil» synes det imidlertid noe uklart om simpel uaktsomhet vil være tilstrekkelig til å statuere erstatningsansvar i de aktuelle tilfellene. Som påpekt av Dragsten, tilsier Høyesteretts uttalelser i Rt. 2001 s. 1062 (s. 1079) at det i realiteten er en kvalifisert uaktsomhetsnorm som legges til grunn i de tilfeller en forbigått leverandør krever erstatning for positiv kontraktsinteresse.²²² Ettersom man i slike saker i praksis har oppstilt et krav om kvalifisert uaktsomhet for at det skal kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse, kan det ikke uten videre konkluderes med at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig til å statuere erstatningsansvar i de tilfellene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning*. Kvalifisert uaktsomhet må imidlertid uansett være tilstrekkelig også i de aktuelle tilfellene.

²¹⁹ Se punkt 5.3.1

²²⁰ Se bl.a. Hagstrøm (2011) s. 468-485 og Lødrup (2011) s. 127-191

²²¹ Se Hagstrøm (2011) s. 468 og Lødrup (2011) s. 127

²²² Se Dragsten (2005) s. 314

På bakgrunn av de forholdene som er drøftet ved vurderingen av om det bør oppstilles et eget objektivt ansvarsgrunnlag for de aktuelle tilfellene, synes det imidlertid klart at simpel uaktsomhet bør være tilstrekkelig. Oppdragsgiver bør i det minste være erstatningsansvarlig dersom illeggelse av sanksjonen *uten virkning* skyldes at oppdragsgiver har opptrådt klanderverdig.

Som nevnt vil sanksjonen *uten virkning* som klar hovedregel bare ramme alvorlige brudd på anskaffelsesregelverket.²²³ Dette innebærer at oppdragsgiver i de fleste tilfeller i det minste vil ha opptrådt uaktsomt, og i mange tilfeller grovt uaktsomt eller forsettlig. Dersom det legges til grunn at oppdragsgiver er ansvarlig på culpabegrunnlag, vil oppdragsgiver derfor som den praktiske hovedregel være erstatningsansvarlig.

I de situasjonene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning* som følge av at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 1, vil oppdragsgiver i de fleste tilfeller i det minste ha opptrådt uaktsomt. Som nevnt vil imidlertid en ulovlig direkte anskaffelse kunne foreligge selv om oppdragsgiver ikke har opptrådt klanderverdig.²²⁴ Sanksjonen *uten virkning* skal ilegges uavhengig av om oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt eller ikke. Det er derfor ikke gitt at oppdragsgiver vil ha opptrådt klanderverdig i alle de tilfellene der det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse.

I de tilfellene hvor oppdragsgiver har foretatt en grundig vurdering av relevante regler og faktiske forhold, men likevel har begått feil, vil oppdragsgiver ikke nødvendigvis kunne klandres. Slike tilfeller må bedømmes konkret. Avgjørende må være om vurderingen av de relevante spørsmålene er spesielt komplisert. Der vurderingen av de relevante reglene og de faktiske forholdene har vært svært vanskelig, tilsier rettspraksis at visse regelbrudd må anses som unnskyldelige.²²⁵

²²³ Se punkt 2.4 og 4.2.2

²²⁴ Se punkt 2.2 og 2.4.2

²²⁵ Se Rt. 2001 s. 1062, Rt. 2007 s. 983, Rt. 2008 s. 1705 og Fredriksen (2010) s. 601

Det alminnelige utgangspunktet om at rettsvillfarelse alltid skader (*error juris semper nocet*),²²⁶ er dermed fraveket på anskaffelsesrettens område. Oppdragsgiver kan unngå ansvar selv om regelbrudd skyldes rettsvillfarelse.

Ved utvidelser, forlengelser og andre endringer av en kontrakt, kan det være vanskelig å vurdere i hvilket omfang kontrakten hjemler dette, og i hvilket omfang anskaffelsesreglene tillater endringer uten at anskaffelsen må kunngjøres på nytt.

Vurderingen av om slike endringer i kontrakten er tillatt kan også innebære at det må tas stilling til kompliserte spørsmål om kontraktstolkning. Anskaffelsesreglenes grenser for endringer av kontrakter er også i stor grad skjønnsmessige. I visse tilfeller kan dette føre til at oppdragsgiver tar feil, uten at det er utvist skyld. Tilsvarende vil det kunne oppstå vanskelige spørsmål om en anskaffelse omfattes av reglene om egenregi. I det hele vil det kunne oppstå vanskelige grensespørsmål knyttet til flere av reglene som er avgjørende for om anskaffelsesreglene kommer til anvendelse.

Ved vurderingen av om oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt i slike tilfeller, bør det særlig legges vekt på hvor grundig oppdragsgiver har vurdert de rettslige og faktiske spørsmålene som har vært avgjørende for at feilen ble begått. Det bør også legges vekt på om oppdragsgiver har innhentet nødvendig kompetanse for å vurdere anskaffelsen. Videre bør det legges vekt på i hvilket omfang slik kompetanse er benyttet. Jo mer oppdragsgiver har gjort for å sikre at anskaffelsesreglene følges, jo vanskeligere kan det sies at oppdragsgiver har opptrådt uaktsomt. Det må også tas i betraktning at innhenting av nødvendig kompetanse kan være ressurskrevende. For anskaffelser av lavere verdi bør det kreves mindre enn for anskaffelser av større verdi.

I de tilfellene der sanksjonen *uten virkning* ilegges som følge av brudd på prosedyrereglene ved anskaffelser basert på rammeavtaler eller dynamiske innkjøpsordninger, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2, vil det også kunne oppstå vanskelige grensespørsmål. Mest praktisk i denne sammenhengen er antakelig spørsmål om det må avholdes en ny konkurranse for partene i rammeavtalen,

²²⁶ Se Augdahl (1978) s. 227-228, Krüger (1989) s. 798-799 og Simonsen (1997) s. 259-263

jf. anskaffelsesforskriften § 15-3 (3). Også i slike tilfeller må det foretas en konkret vurdering av oppdragsgivers opptreden som har ledet til at feilen ble begått.

Der sanksjonen ilegges som følge av forskriftsbrudd i kombinasjon med brudd på reglene om karenperiode eller suspensjonstid, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3, vil oppdragsgiver så godt som alltid måtte anses for å ha opptrådt grovt uaktsomt eller forsettlig. Reglene om karenperiode og suspensjonstid er enkle og klare. Reglene gir ikke anvisning på kompliserte vurderinger av faktisk eller rettslig art. Der reglene om karenperiode eller suspensjonstid er brutt, vil oppdragsgiver normalt være fullt klar over dette. I tillegg vil oppdragsgiver ha begått minst ett annet forskriftsbrudd. Det kan derfor vanskelig tenkes at oppdragsgiver ikke har opptrådt uaktsomt i slike tilfeller.

På denne bakgrunn bør det ulovfestede ansvaret for uaktsomme handlinger også legges til grunn i de tilfellene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning*. I denne sammenhengen bør det ikke oppstilles et krav om kvalifisert uaktsomhet. Dersom culpanormen legges til grunn vil oppdragsgiver være erstatningsansvarlig i de fleste tilfellene en kontrakt er kjent *uten virkning*.

4.3 Leverandørens kunnskap om regelbruddet

4.3.1 Innledning

Som fremhevet i forarbeidene bør leverandørens eventuelle kunnskap om regelbruddet som leder til at en kontrakt kjennes *uten virkning*, få betydning for adgangen til å kreve erstatning.²²⁷ Spørsmålet om leverandørens eventuelle kunnskap om regelbruddet reiser to hovedproblemstillinger: For det første oppstår det spørsmål om hvilken betydning leverandørens onde tro bør få for adgangen til å kreve erstatning. Denne problemstillingen behandles under punkt 4.6.2. For det andre oppstår det spørsmål om når en leverandør må anses for å ha vært i ond tro. Denne problemstillingen behandles under punkt 4.6.3.

²²⁷ Se NOU 2010:2 s. 175-176

4.3.2 Hvilken betydning bør det ha at leverandøren var i ond tro?

Det sentrale spørsmålet i det følgende er hvilken betydning leverandørens onde tro bør få for adgangen til å kreve erstatning. Dette kan også formuleres som et spørsmål om hvilken betydning leverandørens medvirkning til eget tap bør få for adgangen til å kreve erstatning eller for utmålingen av erstatningsbeløpet.

Det synes rimelig klart at leverandørens kunnskap om regelbruddet bør få betydning for adgangen til å kreve erstatning, eller for utmålingen av erstatningen.

Dersom det skulle kunne kreves erstatning uavhengig av god tro, ville leverandøren kunne inngå kontrakt vitende om at anskaffelsesreglene hadde blitt brutt, uten å risikere økonomisk tap av betydning.²²⁸ Dette ville være uheldig ettersom sanksjonen *uten virkning* da ikke ville ha vært egnet til å virke preventivt overfor leverandører. Dersom leverandørene risikofritt kunne inngå kontrakter i strid med anskaffelsesregelverket, ville dette også øke faren for korrupsjon, kameraderi og vektlegging av ulovlige hensyn. Leverandører ville da ha sterkere insentiver til å forsøke å påvirke oppdragsgiver til å se bort fra anskaffelsesregelverket.

Innen erstatningsretten gjelder det videre et generelt prinsipp om at det skal tas hensyn til skadelidtes uaktsomme eller forsettlige medvirkning til eget tap, jf. skadeserstatningsloven § 5-1 som også kommer til anvendelse ved erstatning i kontrakt.²²⁹ Begrunnelsen for denne regelen gjør seg gjeldende også i de situasjoner der en kontrakt kjennes *uten virkning*. Der en leverandør har medvirket til eget tap, bør han bære hele eller deler av tapet selv.

I de tilfellene leverandøren velger å inngå kontrakt til tross for kunnskap om regelbruddet, vil leverandøren i mange tilfeller også bevisst ha tatt en risiko. Når risikoen så materialiserer seg er dette et forhold leverandøren burde ha tatt i betraktning.

²²⁸ Dette beror på hvilke utmålingsperspektiv som legges til grunn, se punkt 4.4

²²⁹ Se Hagstrøm (2011) s. 584

Leverandøren bør i slike tilfeller anses for å ha akseptert den risiko regelbruddet innebærer.²³⁰ Det er da liten grunn til at leverandøren skal være erstatningsrettslig vernet overhodet.

Spørsmålet i det følgende er derfor hvor stor betydning leverandørens onde tro bør få for adgangen til å kreve erstatning. I forarbeidene skisseres to mulige virkninger av leverandørens kunnskap om regelbrudd i de aktuelle situasjonene.²³¹ Enten må leverandørens onde tro medføre at det erstatningsrettslige vernet bortfaller, dette innebærer at god tro gjøres til et vilkår for erstatning som en integrert del av ansvarsgrunnlaget, eller så må erstatningen nedsettes med hjemmel i skadeserstatningsloven § 5-1.

Hvilken betydning valget av den ene eller den annen løsning vil ha for leverandørens adgang til å kreve erstatning, beror på hvor mye erstatningsbeløpet avkortes etter skadeserstatningsloven § 5-1.

Der en kontrakt kjennes *uten virkning* vil det variere hvor klanderverdig leverandøren i kontrakten har opptrådt. I visse tilfeller vil leverandøren ha hatt positiv kunnskap om regelbruddet, og i visse tilfeller vil uvitenheten om regelbruddet kunne skyldes mindre graverende uaktsomhet. I utgangspunktet bør det skilles mellom grove og mindre grove tilfeller. Dette kan tilsi at man bør benytte en mer fleksibel regel som skadeerstatningsloven § 5-1 ved vurderingen av betydningen leverandørens uaktsomme onde tro.

Preventive hensyn taler imidlertid sterkt for at god tro bør være et vilkår for erstatning. En klar regel om at det ikke kan kreves erstatning dersom leverandøren er i ond tro, vil sannsynligvis lede til at leverandører blir mer oppmerksomme på uregelmessigheter i anskaffelsesprosessen, noe som igjen vil føre til at anskaffelsesreglene etterleves i flere tilfeller.

²³⁰ *ibid.* s. 586

²³¹ Se NOU 2010:2 s. 175

En klar regel om at erstatningsansvaret bortfaller som følge av leverandørens onde tro vil også være retts teknisk enklere. Rettsanvenderen vil da kunne ta utgangspunkt i spørsmålet om leverandøren hadde kjennskap til regelbruddet da kontrakten ble inngått, og la være å foreta en vurdering av de øvrige vilkårene for erstatning. En klar regel om bortfall av adgangen til å kreve erstatning ville av samme grunn også kunne redusere bevisførselen betraktelig.

Videre ville en klar regel kunne redusere antallet tvister i kjølvannet av ileggelsen av sanksjonen *uten virkning*. Dersom oppdragsgiver kan sannsynliggjøre at leverandøren var i ond tro på kontraktsinngåelsestidspunktet, og dette er rimelig klart, vil leverandøren i de fleste tilfeller sannsynligvis la være å reise sak.

Regler som oppstiller god tro som betingelse for i det hele tatt å kunne kreve erstatning finnes i flere norske lover. Etter kjøpsloven § 41 annet ledd oppstilles aktsom god tro som vilkår for at det skal kunne kreves erstatning for tap som følge av en rettsmangel. Tilsvarende vilkår oppstilles i avtaleloven § 25 annet ledd for at en fullmektig skal bli erstatningsansvarlig overfor tredjeperson. En modell der det legges avgjørende vekt på erstatningssøkerens kunnskap om det erstatningsbetingende forhold, er derfor på ingen måte ukjent i norsk rett. En tilsvarende modell vil kunne innføres for situasjoner der en kontrakt kjennes *uten virkning*.

På denne bakgrunn bør leverandørens kunnskap om regelbruddet i de aktuelle situasjonene føre til at leverandørens erstatningsrettslige vern bortfaller helt.

4.3.3 I hvilke situasjoner er leverandøren i ond tro?

Det avgjørende spørsmålet som oppstår i forhold til leverandørens eventuelle kunnskap om regelbruddet som fører til at en kontrakt kjennes *uten virkning*, er i hvilke situasjoner leverandøren må anses for å ha vært i ond tro. Dette kan også formuleres som spørsmål om tidspunktet og terskelen for god tro.²³² I den følgende fremstillingen behandles de spesielle spørsmålene om tidspunktet og terskelen for god tro der

²³² Se Falkanger (1999) s. 107

leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning*, krever erstatning. For en grundigere og mer generell behandling av godtrostandarden i norsk rett vises det til juridisk teori.²³³

Det er leverandørens eventuelle kunnskap om at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, som må være det sentrale i denne sammenhengen. Om leverandøren er kjent med at kontrakten kan kjennes *uten virkning* som følge av regelbruddet eller ikke, bør ikke være avgjørende.

For at kunnskap om regelbruddet skal kunne få betydning for adgangen til å kreve erstatning, må den private parten i kontraktsforholdet ha hatt kunnskap om regelbruddet før kontrakten ble inngått. Dersom medkontrahenten først etter kontraktsinngåelse blir klar over at oppdragsgiver har brutt anskaffelsesreglene, bør dette ikke få betydning for erstatningsspørsmålet. Leverandøren kan ikke pålegges en plikt til å avvikle kontrakten før skjæringstidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger.²³⁴ Tidspunktet for god tro må derfor settes til kontraktsinngåelsen.

Når det gjelder terskelen for god tro oppstår det flere problemstillinger. Et første spørsmål er om det bør oppstilles et krav om *aktsom* god tro. I forarbeidene forutsettes det at et aktsomhetskrav må oppstilles for de aktuelle tilfellene.²³⁵

Aktsomhetskravet er egnet til å virke preventivt.²³⁶ Som i andre tilfeller vil et aktsomhetskrav for leverandøren være egnet til å gjøre ham mer påpasselig når det gjelder etterlevelsen av anskaffelsesreglene. Et aktsomhetskrav i de aktuelle tilfellene vil sannsynligvis lede til at terskelen for å undersøke om anskaffelsesreglene er fulgt senkes, og dermed at anskaffelsesreglene etterleves i flere tilfeller. Leverandøren vil også trygt kunne hevde å være i god tro dersom han har undersøkt uregelmessige forhold i anskaffelsesprosessen nærmere, uten at undersøkelsen har avdekket

²³³ Se særlig Falkanger (1999)

²³⁴ Se punkt 3.4.2

²³⁵ Se NOU 2010:2 s. 175

²³⁶ Se Falkanger (1999) s. 66

regelbrudd. I motsatt tilfelle ville leverandøren være best tjent med å «lukke øynene» for å unngå å havne i ond tro. Dette ville harmonere dårlig med de norske forarbeidenes forutsetning om at sanksjonen *uten virkning* har som formål å virke preventivt også overfor leverandører.²³⁷

I de fleste situasjoner vil det også være svært vanskelig å bevise at noen har hatt positiv kunnskap om et forhold av faktisk eller rettslig karakter. Tilsvarende vil situasjonen være der det kreves erstatning i de aktuelle tilfellene. Der medkontrahenten kan klandres for ikke å ha kjennskap til det regelbruddet, vil det også være mindre grunn til at han skal være erstatningsrettslig vernet. Dette tilsier at det må oppstilles et aktsomhetskrav også i slike tilfeller.

På denne bakgrunn bør det oppstilles et krav om aktsom god tro for at leverandøren skal kunne kreve erstatning.

Hvilke forhold ved anskaffelsesprosessen leverandører i de aktuelle situasjonene må reagere på må vurderes konkret. En uttømmende angivelse av de situasjonene der den private parten vil måtte regnes som uaktsomt uvitende lar seg ikke gjøre. Det kan imidlertid angis visse momenter som vil være sentrale i vurderingen.

Ved vurderingen av om leverandøren har var i aktsom god tro på tidspunktet for inngåelsen av avtalen, bør det tas utgangspunkt i en objektivisert målestokk. Spørsmålet er hva en alminnelig fornuftig leverandør ville ha oppfattet eller gjort i samme situasjon. I denne sammenhengen er det et vesentlig poeng at de fleste leverandører har en viss kjennskap til reglene om offentlige anskaffelser. De fleste leverandører som kontraherer med det offentlige har opparbeidet seg en viss oversikt over de rettighetene de har som følge av anskaffelsesregelverket, og benytter ofte juridisk spesialkompetanse i forbindelse med offentlige anskaffelser.

Det kan stilles spørsmål om det bør kunne legges vekt på individuelle momenter, herunder leverandørens erfaring med offentlige anskaffelsesprosesser og ressurser til å

²³⁷ Se NOU 2010:2 s. 100-101

vurdere de aktuelle faktiske og rettslige spørsmålene forut for kontraktsinngåelsen. En leverandør med lang erfaring vil ha bedre kjennskap til regelverket, og derfor større grunn til å reagere på uregelmessigheter. Tilsvarende vil en leverandør som har mindre erfaring ikke være like godt kjent med hvordan en anskaffelsesprosess normalt skal foregå. Små og mellomstore leverandører vil også regelmessig ha dårligere forutsetninger for å vurdere en anskaffelses lovliggheit enn store leverandører. Ettersom det finnes et breitt spekter av leverandører med ulike forutsetninger for å vurdere prosessen forut for kontraktsinngåelse, bør leverandørens individuelle forutsetninger kunne vektlegges ved vurderingen av godtro-spørsmålet, i hvert fall der individuelle forutsetninger tilsier en strengere vurdering.²³⁸

Det bør også legges vesentlig vekt på om leverandøren har foretatt undersøkelser for å kontrollere at anskaffelsesreglene er fulgt. Der leverandøren faktisk har undersøkt om oppdragsgiver har begått regelbrudd, og fått avkreftende svar fra oppdragsgiver, oppdragsgivers rådgivere eller egne rådgivere som har vurdert anskaffelsesprosessen, bør dette veie tungt i leverandørens favør. Dette forutsetter imidlertid at undersøkelsen er reell og forsvarlig. Undersøkelsen må ha vært grundig nok i forhold til uregelmessigheten som gav foranledning til undersøkelse. I denne sammenheng må det ses hen til hva som er en forsvarlig ressursbruk i forhold til kontraktens verdi.

Sanksjonen *uten virkning* rammer bare anskaffelser over EØS-terskelverdiene. De anskaffelsene som kan kjennes *uten virkning* vil derfor regelmessig være av betydelig verdi. Særlig gjelder dette bygge- og anleggsanskaffelser. Dette tilsier at leverandøren må være mer årvåken ved vurderingen av anskaffelsesprosessen. Jo større verdier det er tale om, jo strengere krav bør det stilles til leverandøren.²³⁹

Om leverandøren har foranledning til å reagere på anskaffelsesprosessen vil variere med hvilke regelbrudd det er tale om.

²³⁸ Se Falkanger (1999) s. 173-210

²³⁹ *ibid.* s. 169-170

Der en kontrakt inngås uten forutgående kunngjøring vil den private parten ofte ha en sterk oppfordring til å undersøke om dette er lovlig. Dette innebærer at leverandøren i de fleste tilfeller ikke vil være i aktsom god tro der det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, og leverandøren har inngått kontrakt uten å undersøke om direkte anskaffelse er lovlig.

Ved bygge- og anleggsanskaffelser arrangeres det normalt anbudsrunder også der anskaffelsen ikke faller inn under anskaffelsesregelverket. Slike anskaffelser vil også være av betydelig verdi.²⁴⁰ Dette innebærer at en leverandør som inngår slike kontrakter så godt som aldri vil være i aktsom god tro dersom anskaffelsen ikke er kunngjort og konkurranse ikke er avholdt. For vare- og tjenesteanskaffelser er EØS-terskelverdiene lavere.²⁴¹ I slike tilfeller vil det derfor ikke alltid være like stor grunn til å reagere på unnlatt kunngjøring.

En ulovlig direkte anskaffelse vil imidlertid, som tidligere nevnt, kunne foreligge som følge av at oppdragsgiver har begått unnskyldelige feil. Det kan ikke oppstilles en strengere aktsomhetsplikt for leverandør enn for oppdragsgiver. Der oppdragsgiver ikke kan klandres for feilen, vil leverandøren normalt heller ikke kunne klandres for sin uvitenhet. I slike tilfeller må leverandøren normalt anses for å være i god tro.

Ved brudd på prosedyrereglene om kjøp basert på rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger, jf. anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 2, vil situasjonen for leverandøren være noenlunde tilsvarende situasjonen ved ulovlige direkte anskaffelser. I de fleste tilfeller vil det at oppdragsgiver ikke følger de normale prosedyrene, gi leverandøren en klar foranledning til å reagere, og dermed medføre at leverandøren er i uaktsom ond tro. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der leverandøren ikke har grunn til å reagere.

²⁴⁰ Per mai 2012 er EØS-terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser MNOK 40,5 eks.mva., jf. anskaffelsesforskriften § 2-2

²⁴¹ Per mai 2012 er EØS-terskelverdien for vare- og tjenesteanskaffelser MNOK 1,6 eks.mva., jf. anskaffelsesforskriften § 2-2

I de tilfellene der sanksjonen *uten virkning* ilegges etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3, vil det foreligge to regelbrudd som kan gi foranledning til å undersøke nærmere om anskaffelsesreglene er fulgt.²⁴² Mest sentralt i denne sammenhengen er brudd på reglene om karenstid og suspensjonstid. Der kontrakt inngås før karenstiden er utløpt, vil medkontrahenten ha en klar foranledning til å reagere. Normalt vil leverandørene i konkurransen ha fått opplysninger om karenstiden av oppdragsgiver, jf. ny § 22-3 (2) annet punktum i anskaffelsesforskriften.²⁴³ I slike tilfeller vil medkontrahenten derfor som klar hovedregel ikke være i aktsom god tro.

I de situasjonene hvor leverandøren ikke har fått opplysninger om karenstiden, kan det stilles spørsmål om leverandøren likevel kan anses å være i aktsom god tro. Dersom karenstid ikke er fastsatt, vil dette imidlertid være utenom det normale, noe som kan gi foranledning til å undersøke nærmere. Leverandøren vil i slike tilfeller også enkelt kunne undersøke om det er fastsatt en karenstid, og i så fall hvor mange dager karenstiden er fastsatt til. Dette tilsier at leverandøren bør anses for å være uaktsomt uvitende dersom han ikke har gjort nærmere undersøkelser om karenstiden. Dersom oppdragsgiver har gitt feil opplysninger om karenstiden, vil leverandøren imidlertid normalt måtte anses for å være i aktsom god tro.

Dersom kontrakt inngås i suspensjonstiden, er det mer usikkert om dette vil innebære at leverandøren har foranledning til å reagere. Oppdragsgiver er ikke pålagt å varsle leverandøren som er tildelt kontrakten om at kontraktsinngåelsen er suspendert. Det kan derfor tenkes tilfeller der leverandøren ikke får opplysninger om dette. Dersom leverandøren ikke får opplysninger eller andre indikasjoner på at kontraktsinngåelsen er suspendert, vil leverandøren måtte anses for å være i god tro.

Der en kontrakt kan kjennes *uten virkning* etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr. 3, vil oppdragsgiver også ha begått brudd på en eller flere av

²⁴² Se punkt 3.4.4

²⁴³ Endringene i forskriftene er ennå ikke innført. Forskriftsbestemmelsen det vises til her er den som fremgår av NOU 2010:2 s. 243-244.

bestemmelsene i anskaffelses- eller forsyningsforskriften. Leverandøren vil derfor alltid ha minst ett ytterligere forskriftsbrudd som det kan være grunn til å reagere på. For at kontrakten skal kunne kjennes *uten virkning* etter den sistnevnte bestemmelsen, er det et vilkår at forskriftsbruddet «har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten [i denne sammenhengen leverandøren som reiser sak]». Dette innebærer at forskriftsbruddet som regel vil være av en viss alvorlighetsgrad, og derfor antakelig ikke spesielt vanskelig å oppdage. Også forskriftsbruddet i de aktuelle situasjonene vil derfor ofte medføre at leverandøren må anses for å være i uaktsom ond tro. Det kan imidlertid også tenkes situasjoner der forskriftsbruddet er skjult, og leverandøren derfor må anses for å være i aktsom god tro.

4.4 Utmålingsperspektivet – erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse?

4.4.1 Innledning

Dersom betingelsene for å kreve erstatning er til stede, vil det oppstå spørsmål om hvilket utmålingsperspektiv som skal legges til grunn. Det syntes ikke rettspolitisk omtvistet at leverandøren skal kunne kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse i de aktuelle tilfellene.²⁴⁴ De interessante og grunnleggende spørsmålene er derfor om oppdragsgivers medkontrahent kan og bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Et første spørsmål i denne sammenhengen er om håndhevelsesdirektivet er til hinder for at det kan kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse. Dette spørsmålet drøftes under punkt 4.4.2. Som følge av uttalelser i forarbeidene er det også grunn til å vurdere hvilke betydning det bør ha at leverandøren har blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet. Dette drøftes under punkt 4.4.3. Til slutt under punkt 4.4.4 vil det gis en rettspolitisk vurdering av om oppdragsgivers medkontrahent bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse i de aktuelle tilfellene.

²⁴⁴ Se NOU 2010:2 s. 174-176

4.4.2 Er håndhevelsesdirektivet til hinder for at erstatning for positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes?

Et sentralt spørsmål i forbindelse med innføringen av sanksjonen *uten virkning* er om virkningen av sanksjonen begrenser seg til fysisk naturaloppfyllelse av kontrakten, eller om sanksjonen også innebærer at leverandøren fratas vernet av den økonomiske oppfyllelsesinteressen.²⁴⁵ Dette kan også formuleres som et spørsmål om leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* kan kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. I første omgang avhenger dette av om endringsdirektivets bestemmelser om sanksjonen *uten virkning* må tolkes slik at erstatning for oppfyllelsesinteressen ikke kan tilkjennes.

I svensk og dansk rett har man tolket håndhevelsesdirektivet slik at sanksjonens virkninger begrenser seg til den fysiske naturaloppfyllelsen.²⁴⁶ Kontraktens økonomiske realitet kan derfor opprettholdes. Det åpnes dermed for at leverandøren i en kontrakt som er kjent *uten virkning* kan kreve erstatning for kontraktens oppfyllelsesinteresse.²⁴⁷

I de norske forarbeidene tas det ikke klart standpunkt til om leverandøren skal kunne kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen. Håndhevelsesutvalget fremhever imidlertid flere argumenter for at leverandørers erstatningskrav i de aktuelle tilfellene må begrenses til den negative kontraktsinteressen.²⁴⁸ Etter utvalgets syn harmonerer en adgang til å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse dårlig med sanksjonen *uten virkning*.²⁴⁹ Etter utvalgets tolkning synes erstatning for oppfyllelsesinteressen utelukket, eller i det minste svært upraktisk.²⁵⁰

Etter håndhevelsesutvalgets tolkning kan selve begrepet «uten virkning» sette en skranke for innholdet av sanksjonens rettsvirkninger. Utvalget forutsatte derfor at det

²⁴⁵ Se Krüger (2010) s. 395

²⁴⁶ I.c.

²⁴⁷ Prop 2009/10:180 s. 226 og LFF 2010-01-27 nr 110 s. 26

²⁴⁸ Se NOU 2010:2 s. 175

²⁴⁹ ibid. s. 176

²⁵⁰ ibid. s. 105 og 175

ville kunne stride mot sanksjonen dersom leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning*, automatisk skulle kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse.²⁵¹

Det er imidlertid høyst tvilsomt om man kan slutte ut i fra selve begrepet «uten virkning» at kontraktens økonomiske realitet ikke kan opprettholdes. Så vel håndhevelsesdirektivet som endringsdirektivets forarbeider er tause på dette punktet. Begrepsvalget er neppe bevisst i forhold til den aktuelle problemstillingen. Som nevnt åpner håndhevelsesdirektivet for at en kontrakt som kjennes *uten virkning* fortsatt kan ha virkninger i en rekke relasjoner.²⁵² Særlig tydelig er dette der sanksjonen bare kan ilegges med virkning *ex nunc*. Det er derfor neppe grunn til å legge avgjørende vekt på begrepet «uten virkning» i denne sammenhengen.

Som argument mot adgangen til å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse, anførte håndhevelsesutvalget også at dette ville kunne være i strid med hensynet til gjenopprettelse av konkurransesituasjonen.²⁵³

Dersom det forutsettes at sanksjonen *uten virkning* også har til formål å ramme leverandøren i kontrakten som annulleres, vil dette kunne anføres som argument mot en adgang til å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Hvis leverandøren tilkjennes erstatning for oppfyllelsesinteressen, vil leverandøren oppnå kontraktens økonomiske gevinst. Resultatet av dette er at følgene av regelbruddet ikke korrigeres i like stor grad som dersom erstatningskravet skulle begrense seg til den negative kontraktsinteressen. Dette innebærer at situasjonen ikke gjenoprettes i like stor grad som dersom det bare tilkjennes erstatning for tillitsinteressen.

Et sentralt poeng i denne sammenhengen er at reglene om offentlige anskaffelser retter seg mot oppdragsgiver. Det er oppdragsgiver som plikter å overholde reglene om offentlige anskaffelser. Som påpekt av utvalget er virkningene av sanksjonen overfor

²⁵¹ *ibid.* s. 105

²⁵² Se punkt 3.1

²⁵³ Se NOU 2010:2 s. 175

leverandører ikke omtalt i håndhevelsesdirektivet.²⁵⁴ Sanksjonen er først og fremst myntet på oppdragsgiver og ikke leverandøren i kontraktsforholdet. I utgangspunktet synes det derfor rimelig klart at det sentrale er at sanksjonen skal få virkning overfor oppdragsgiver, og ikke nødvendigvis overfor oppdragsgivers medkontrahent.

Ut i fra håndhevelsesdirektivet synes det sentrale i forhold til å gjenopprette konkurransesituasjonen å være å stanse kontraktsoppfyllelsen for å åpne for å «...skabe nye forretningsmuligheder for de økonomiske aktører, der ulovligt er blevet frataget deres mulighed for at konkurrere».²⁵⁵ Dersom oppdragsgiver etter å ha ytt erstatning for positiv kontraktsinteresse fortsatt har midler til å foreta en nyanskaffelse av det som var gjenstand for kontrakten som er kjent *uten virkning*, vil tilkjennelse av slik erstatning ikke påvirke gjenoprettelsen av konkurransesituasjonen overfor andre leverandører. Konkurransen mellom potensielle leverandører når anskaffelsen utlyses i annen omgang, påvirkes ikke av om leverandøren i kontrakten som annulleres tilkjennes erstatning for oppfyllelsesinteressen. Det sentrale er at den ulovlige anskaffelsen skal annulleres slik at anskaffelsen kan foretas på nytt i tråd med regelverket. Hensynet til gjenoprettelse av konkurransesituasjonen er derfor neppe et sterkt argument for at slik erstatning ikke skal kunne tilkjennes.

Sett hen til sak C-503/04 (Kommisjonen mot Tyskland),²⁵⁶ som er en av avgjørelsene fra EU-domstolen som danner bakgrunnen for sanksjonen *uten virkning*, synes det også rimelig klart at det sentrale i forbindelse med gjenoprettelsen av konkurransesituasjonen er å åpne for at anskaffelsen kan foretas på nytt i tråd med anskaffelsesregelverket. Saken omhandlet spørsmålet om Tyskland, som tidligere var dømt for ulovlige direkte anskaffelser i EU-domstolen,²⁵⁷ pliktet å oppheve de ulovlige kontraktene. En av kontraktene som var ulovlig inngått, ble ikke opphevet etter EU-domstolens avgjørelse. Spørsmålet i saken var om Tyskland, ved ikke å oppheve kontraktene, hadde unnlatt å oppfylle sin forpliktelse etter den tidligere artikkel 228(1)²⁵⁸ i EU-traktaten, som regulerer medlemsstatenes plikt til å rette seg etter EU-domstolens avgjørelser. EU-domstolen fant at det forelå brudd på artikkel 228(1); Tyskland var forpliktet til å oppheve de ulovlig inngåtte kontraktene.

²⁵⁴ *ibid.* s. 100

²⁵⁵ Se endringsdirektivets forale premiss 14, hele sitatet er inntatt under punkt 2.4.2

²⁵⁶ Sak C-503/04

²⁵⁷ Forente saker C-20/01 og C-28/01

²⁵⁸ Nå artikkel 260(1) i Traktaten om den Europeiske Unions Funktionsmåte (TEUF)

Saken illustrerer meget klart behovet for en sanksjon som kan virke gjenopprettende. En av kontraktene det var tale om var inngått for meget lang tid, en periode på minimum 30 år. Kontrakten var inngått direkte med leverandør, uten forutgående kunngjøring. For å kunne gjenopprette konkurransesituasjonen måtte kontrakten annulleres. I denne sammenhengen var det sentrale poenget at kontrakten skulle ha vært annullert, slik at konkurranse og tildeling av kontrakten kunne skje i tråd med regelverket. EU-domstolen tok ikke stilling til om leverandøren i kontrakten som ble annullert kunne kreve erstatning som følge av bortfallet av en bindende kontrakt, men uttalte at medlemsstatene uansett ikke kunne benytte dette som argument mot å oppfylle forpliktelser etter EU-retten.²⁵⁹

Som påpekt i forarbeidene til den svenske bestemmelsen om *ogiltighet*, vil muligheten til å kreve erstatning der en kontrakt annulleres kunne styrke sanksjonens preventive effekt.²⁶⁰ Det synes åpenbart at en risiko for å måtte yte erstatning vil kunne virke preventivt på samme måte som risikoen for illeggelse av overtredelsesgebyr. Å forhindre regelbrudd er det viktigste formålet bak sanksjonen *uten virkning*. Erstatning for oppfyllelsesinteressen vil normalt utgjøre større beløp enn erstatning for tillitsinteressen. Dersom det åpnes for at det kan kreves erstatning for oppfyllelsesinteressen vil dette kunne styrke sanksjonens preventive effekt. Dette taler for at leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* bør kunne kreve slik erstatning.

På bakgrunn av det som er fremhevet foran, er det ikke grunnlag for å hevde at opprettholdelse av en kontrakts økonomiske realitet harmonerer dårlig med sanksjonen *uten virkning*. Det er derfor heller ikke grunnlag for å hevde at håndhevelsesdirektivet er til hinder for å tilkjenne leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* erstatning for positiv kontraktsinteresse. Spørsmålet i det følgende er derfor om leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* bør kunne kreve erstatning for oppfyllelsesinteressen.

²⁵⁹ Se sak C-503/04 premiss 36

²⁶⁰ Se Prop 2009/10:180 s. 226

4.4.3 Betydningen av at leverandøren har blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet

Et sentralt spørsmål ved vurderingen av om det bør kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse, er om det skal legges avgjørende vekt på at leverandøren har blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet. Håndhevelsesutvalget synes å legge avgjørende vekt på dette forholdet ved vurderingen av om positiv kontraktsinteresse kan tilkjennes.²⁶¹

I det følgende redegjøres det først for håndhevelsesutvalgets syn på det aktuelle forholdet, og konsekvensene av at håndhevelsesutvalgets betraktning legges til grunn. Deretter drøftes det om håndhevelsesutvalgets oppfatning bør fravikes.

Der en kontrakt kjennes *uten virkning*, vil leverandøren i de fleste tilfeller ha blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet som leder til ileggelse av sanksjonen.²⁶² I slike situasjoner vil utsiktene til fortjeneste, og det forhold at fortjenesten bortfaller, skyldes det samme regelbruddet. Etter håndhevelsesutvalgets oppfatning vil det derfor ikke være årsakssammenheng mellom regelbruddet og leverandørens tap av oppfyllelsesinteressen i slike situasjoner. Leverandøren ville ikke ha fått muligheten til å oppnå kontraktens fortjeneste dersom regelbruddet tenkes borte. Som følge av dette anser utvalget erstatning for positiv kontraktsinteresse som lite praktisk.²⁶³

I visse tilfeller kan det imidlertid tenkes at leverandøren i kontrakten som kjennes *uten virkning* ville ha fått kontrakten til tross for regelbruddet. Ved ulovlige direkte anskaffelser og brudd på prosedyrereglene for rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger,²⁶⁴ er det ikke gitt at regelbruddet har ledet til at kontrakten er tildelt feil leverandør. Vilkårene i de to sistnevnte bestemmelsene kan være oppfylt selv om regelbruddet ikke har påvirket hvilken leverandør som er tildelt kontrakten. Sanksjonen skal ilegges uavhengig av om valget av leverandør er påvirket av regelbruddet.

²⁶¹ Se NOU 2010:2 s. 176

²⁶² *ibid.* s. 175-176

²⁶³ *ibid.* s. 176

²⁶⁴ Se henholdsvis § 13 første ledd bokstav b nr. 1 og 2 i anskaffelsesloven

Etter anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav b nr 3 om brudd på prosedyreregler i forskrift i kombinasjon med brudd på reglene om karenstid eller suspensjonstid,²⁶⁵ er det et vilkår at forskriftsbruddet har påvirket leverandørens mulighet til å få kontrakten. Dersom det godtgjøres at kontrakten uansett ville ha blitt tildelt den samme leverandøren, vil dette ikke ha påvirket andre leverandørers mulighet til å få kontrakten, og sanksjonen vil da ikke kunne ilegges etter denne bestemmelsen. Der en kontrakt kjennes *uten virkning* etter den sistnevnte bestemmelsen er det derfor mindre sannsynlig at den private parten i kontrakten ville ha fått kontrakten også dersom regelbruddet ikke hadde blitt begått.

I de tilfellene hvor en kontrakt hadde blitt tildelt en annen leverandør dersom regelbruddet ikke hadde blitt begått, kan det ut i fra håndhevelsesutvalgets mening synes logisk å begrense erstatningsvernet til den negative kontraktsinteresse. I slike tilfeller har regelbruddet ledet til at kontrakten ble inngått med feil leverandør. Dersom leverandøren skulle kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse i slike tilfeller, ville han få erstatningsrettslig vern for fortjeneste han i utgangspunktet ikke skulle ha fått muligheten til å oppnå. I de situasjonene leverandøren hadde fått kontrakten også dersom regelbrudd ikke hadde blitt begått, bør oppfyllelsesinteressen uansett være erstatningsrettslig vernet. I slike tilfeller er det bare årsakssammenheng mellom regelbruddet og kontraktens bortfall.

At skillet mellom de situasjonene der leverandøren har fått kontrakten som følge av regelbruddet, og de situasjonene der leverandøren hadde fått kontrakten også dersom regelbrudd ikke hadde funnet sted, bør få betydning for om leverandøren skal kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse er ikke gitt.

En annen mulighet er å bare legge vekt på at regelbruddet fører til at kontrakten bortfaller. Slik er det for eksempel i visse tilfeller der en kontrakt heves på grunn av at det er gitt uriktige opplysninger om kontraktsytelsen. Selv om de uriktige opplysningene har vært motiverende for kontraktsinngåelsen vil kontraktsparten som

²⁶⁵ Se punkt 2.4.4

hever, kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Dette gjelder selv om kontrakten ikke ville ha blitt inngått dersom de uriktige opplysningene tenkes borte. Kontraktsparten som hever ville da ikke oppnådd kontraktens fortjeneste. I slike situasjoner legges det ikke vekt på at de uriktige opplysningene både førte til at kontrakt ble inngått, og at kontrakten bortfalt. Det avgjørende i denne sammenhengen er at kontraktsparten som ga uriktige opplysninger ved kontraktsinngåelsen påtok seg en forpliktelse, og at de uriktige opplysningene fører til heving.

Tilsvarende kan det også tenkes at det bør legges avgjørende vekt på at oppdragsgiver ved kontraktsinngåelsen har påtatt seg en forpliktelse. Det må i så fall legges avgjørende vekt på at kontrakten er bindende, og at denne ikke kan oppfylles in natura som følge av regelbrudd som oppdragsgiver selv har begått. Det sentrale er da at det er årsakssammenheng mellom regelbruddet og kontraktens bortfall, ikke at regelbruddet førte til at oppdragsgiver inngikk kontrakten. Legges et slikt perspektiv til grunn, vil det åpnes for at det kan tilkjennes erstatning for positiv kontraktsinteresse i alle de tilfeller hvor en kontrakt er kjent *uten virkning*.

Håndhevelsesutvalget synes å legge avgjørende vekt på rent anskaffelsesrettslige hensyn. Det tas utgangspunkt i at anskaffelsesreglene ikke tar sikte på å beskytte leverandører som har blitt tildelt kontrakter på grunn av brudd på anskaffelsesregelverket.²⁶⁶ Det ses dermed bort i fra det grunnleggende prinsippet om at bindende kontrakter i utgangspunktet skal oppfylles som forutsatt (*pacta sunt servanda*), jf. NL 5-1-2. På dette punktet ser det ut til at håndhevelsesutvalget setter likhetstegn mellom sanksjonen *uten virkning* og kontraktsrettslig ugyldighet.²⁶⁷

Det grunnleggende skillet mellom positiv og negativ kontraktsinteresse går mellom gyldige og ugyldige avtaler.²⁶⁸ I de tilfellene hvor en kontrakt er bindende for kontraktspartene vil det i utgangspunktet kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse. Legges det tradisjonelle utgangspunktet til grunn, vil det derfor være

²⁶⁶ Se NOU 2010:2 s. 175-176

²⁶⁷ *ibid.* s. 174-173 og 203

²⁶⁸ Se Simonsen (1997) s. 301-304 og Hagstrøm (2011) s. 540

avgjørende om en kontrakt som kjennes *uten virkning* må anses som en ellers bindende kontrakt som faller bort, eller om avtalen som følge av at den kan rammes av sanksjonen ikke kan anses som bindende. Om en kontrakt som kan kjennes *uten virkning* kan anses som bindende eller ikke synes noe uklart. Ut i fra tidspunktet for sanksjonens rettsvirkninger og at sanksjonen formentlig bare kan påberopes av tredjeparter som står utenfor kontrakten, kan det synes nærliggende å konkludere med at en kontrakt som kan kjennes *uten virkning*, i utgangspunktet må anses som en bindende kontrakt.²⁶⁹

Om kontrakten er bindende eller ikke etter tradisjonell terminologi, synes imidlertid å være et feilspor. Som nevnt er sanksjonen *uten virkning* ny, og spørsmålet om leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse bør avgjøres ut i fra en avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende heller enn en sammenligning av de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene og sanksjonen. Det avgjørende i denne sammenhengen bør være om leverandøren, ut ifra en slik avveining, bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. En slik tilnærming til spørsmålet er mer hensiktsmessig enn å låse seg til de tradisjonelle ineffektivitetsgrunnlagene. I det følgende vil det derfor ikke drøftes om en kontrakt som kjennes *uten virkning* i utgangspunktet må anses som bindende eller ikke. I stedet vil det anføres argumenter for og mot at leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse.

4.4.4 Rettspolitiske betraktninger – bør leverandøren kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse?

På bakgrunn av drøftelsene under punkt 4.4.2 og 4.4.3 er det ikke grunnlag for å hevde at håndhevelsesdirektivet er til hinder for at positiv kontraktsinteresse skal kunne tilkjennes, eller at det bør legges avgjørende vekt på om leverandøren har blitt tildelt kontrakten som følge av regelbruddet som har ført til at kontrakten er kjent *uten*

²⁶⁹ Se punkt 3.4

virkning. Det sentrale spørsmålet er derfor om leverandøren i kontrakten ut i fra en avveining av reelle hensyn bør kunne kreve erstatning for positiv kontraktinteresse.

Som nevnt vil det kunne styrke sanksjonens preventive effekt overfor oppdragsgiver dersom det åpnes for at det kan tilkjennes erstatning for oppfyllelsesinteressen i de aktuelle tilfellene. Dette taler for at leverandøren bør kunne kreve slik erstatning.

En adgang til å kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse vil imidlertid kunne svekke den preventive effekten av sanksjonen overfor leverandører. Leverandører som kontraherer med det offentlige vil løpe en mindre økonomisk risiko dersom de økonomisk kan stilles som om kontrakten hadde blitt oppfylt. Uavhengig om sanksjonen har som formål å virke preventivt overfor leverandører ville dette være uheldig.²⁷⁰ Det er imidlertid klart at sanksjonen primært retter seg mot oppdragsgiver. Oppdragsgiver vil også ha størst mulighet til å påvirke anskaffelsesprosessen. I tillegg vil den preventive effekten overfor leverandører bero på leverandørens kunnskap om regelbruddet. Dersom det oppstilles et vilkår om at leverandøren må ha vært i aktsom god tro på kontraktsinngåelsestidspunktet for at full erstatning skal kunne kreves, vil sanksjonen fortsatt kunne ha en betydelig preventiv effekt.²⁷¹ Det er derfor ikke grunn til å legge stor vekt på om sanksjonen bør virke preventivt overfor leverandøren ved vurderingen av om det bør kunne kreves erstatning for positiv kontraktsinteresse.

Tilkjennelse av erstatning for positiv kontraktsinteresse i de aktuelle tilfellene vil imidlertid kunne ramme oppdragsgiver, og dermed allmennheten hardt. Dette kan tilsi at leverandørens erstatningskrav bør begrenses til negativ kontraktsinteresse.

Det er imidlertid ikke grunnlag for å hevde at en aktsomt godtroende leverandør bør ha et svakere erstatningsrettslig vern i de tilfellene en kontrakt kjennes *uten virkning*, enn i andre tilfeller der en kontrakt bortfaller som følge av kontraktsmotpartens handlinger eller unnlatelser. Brudd på reglene om offentlige anskaffelser er forhold som

²⁷⁰ Se punkt 4.3.2

²⁷¹ Se punkt 4.3

oppdragsgiver er nærmest til å bære risikoen for.²⁷² Det vil være urimelig dersom en leverandør i aktsom god tro ikke skulle kunne kreve full erstatning som følge av et forhold han ikke har kontroll over. Dersom en leverandør i aktsom god tro ikke kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteressen i de aktuelle tilfellene, vil han lide tap uten at han selv kan klandres. Leverandører vil da uforskyldt lide tap på grunn av et forhold som han ikke har hatt foranledning til, eller i visse tilfeller mulighet til å påvirke. Dette tilsier at en godtroende leverandør bør stilles økonomisk som om kontrakten hadde blitt oppfylt.

Som nevnt vil leverandøren i en kontrakt som kjennes *uten virkning* i visse tilfeller også ha fått kontrakten til tross for regelbruddet. I slike tilfeller ville det være svært urimelig om leverandøren bare skulle kunne kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse. Dersom håndhevelsesutvalgets oppfatning av betydningen av at leverandøren har fått kontrakten som følge av regelbruddet legges til grunn, ville imidlertid bevissituasjonen føre til at det i svært få tilfeller ville kunne kreves erstatning for kontraktens oppfyllelsesinteresse.²⁷³ Leverandøren ville i slike situasjoner måtte sannsynliggjøre at han hadde blitt tildelt kontrakten til tross for regelbruddet. Dette innebærer at leverandøren må føre bevis for at han hadde fått kontrakten, noe som vil være svært vanskelig. Dette tilsier også at det bør åpnes for krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse i de aktuelle tilfellene.

På denne bakgrunn bør det oppstilles en hovedregel om at leverandører i kontrakter som kjennes *uten virkning* kan kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Det er ikke grunn til å stille leverandøren bedre enn dersom kontrakten hadde blitt oppfylt. Leverandører i de aktuelle tilfellene bør derfor ikke kunne velge å kreve erstatning for negativ kontraktsinteresse.

Som fremhevet tidligere bør leverandører i uaktsom ond tro ikke kunne kreve erstatning for tap som følge av at en kontrakt er kjent *uten virkning*. Det kan imidlertid tenkes en mellomløsning hvor leverandører i

²⁷² Se punkt 4.2.3 c

²⁷³ Som påpekt i NOU 2010:2 på s. 176

uaktsom ond tro tilkjennes erstatning for negativ kontraktsinteresse, eventuelt avkortet etter skadeerstatningsloven § 5-1. Preventive hensyn taler imidlertid mot en slik løsning.

4.5 Avsluttende betraktninger

4.5.1 En egen ansvarsmodell for «uten virkning»-tilfellene

På bakgrunn av drøftelsene under dette hovedpunktet i fremstillingen kan det oppstilles en egen ansvarsmodell for de tilfellene hvor en kontrakt er kjent *uten virkning* eller *avkortet*. Som nevnt er det hensiktsmessig å oppstille et eget objektivt ansvarsgrunnlag for slike tilfeller.²⁷⁴ Et slikt objektivt ansvarsgrunnlag innebærer en rimelig risikofordeling mellom oppdragsgiver og leverandør, og er også egnet til å virke preventivt overfor oppdragsgiver. Et objektivt ansvarsgrunnlag er også retts teknisk fordelaktig. Der leverandøren i kontrakten kjente eller burde ha kjent til regelbruddet som har ledet til bortfall av kontrakten forut for kontraktsinngåelse, tilsier preventive hensyn at erstatning ikke bør tilkjennes.²⁷⁵ Preventive hensyn tilsier videre at aktsomhetsnormen for leverandører ikke bør være for lemfeldig. En leverandør i aktsom god tro bør ha et like sterkt erstatningsrettslig vern som i andre tilfeller der en kontrakt bortfaller på grunn av en kontraktsparts handlinger eller unnlater. Leverandører bør derfor ha rett til erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom vilkårene for erstatningsansvar er oppfylt.²⁷⁶

4.5.2 Behovet for regulering

Som nevnt er det ikke innført særregler om oppdragsgivers erstatningsansvar for de situasjonene leverandøren i en kontrakt som er kjent *uten virkning* krever erstatning. I forarbeidene er de aktuelle erstatningsrettslige spørsmålene behandlet kort og flere viktige problemstillinger nevnes.²⁷⁷ Det tas i imidlertid ikke klart stilling til de spørsmålene som reises. Utviklingen av erstatningsrettslige regler for de aktuelle

²⁷⁴ Se punkt 4.2.3

²⁷⁵ Se punkt 4.3

²⁷⁶ Se punkt 4.4

²⁷⁷ Se NOU 2010:2 s. 174-176 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 63-64

tilfellene er overlatt til domstolene.²⁷⁸ Som følge av dette er flere spørsmål av vesentlig praktisk betydning fortsatt ubesvarte.

Det kan stilles spørsmål om adgangen for den private parten i kontrakten til å kreve erstatning, bør lovreguleres. Det kan tenkes flere årsaker til at lovregulering av erstatningsansvaret i de aktuelle tilfellene kan være hensiktsmessig.

Som nevnt er det flere forhold som skiller den aktuelle situasjonen fra de tradisjonelle tilfellene hvor det kreves erstatning i kontrakt. I og med at man ikke har tilsvarende erstatningsrettslige problemstillinger i gjeldende rett, er det usikkert hvordan de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene bør anvendes i de situasjonene der en kontrakt kjennes *uten virkning*. Det hadde vært en stor fordel å få en avklaring på spørsmålene om ansvarsgrunnlag, hvilken kontraktsinteresse det kan kreves erstatning for og betydningen av den private parten i kontraktens kunnskap om regelbruddet.

Som fremhevet av håndhevelsesutvalget og departementet, vil innføringen av sanksjonen *uten virkning* kunne medføre en rekke negative konsekvenser for offentlige oppdragsgivere og medkontrahenter.²⁷⁹ Særlig vil sanksjonen kunne medføre en svekkelse av forutberegneligheten i kontrakter som inngås med offentlige oppdragsgivere. Sanksjonen er også egnet til å virke prosessskapende. Usikkerhet knyttet til medkontrahentens adgang til å kreve erstatning der en kontrakt kjennes *uten virkning* er egnet til å øke de uheldige konsekvensene innføringen av sanksjonen vil kunne medføre. En lovregulering av erstatningsansvaret ville kunne bøte på de nevnte problemene.

Reglene om offentlige anskaffelser bygger på en rekke hensyn som ikke gjør seg gjeldende i de tradisjonelle situasjonene der en part krever erstatning for lidt tap i kontrakt. Ved anvendelsen av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper i de aktuelle situasjonene, er dette viktig å ta i betraktning. Hvilke hensyn og interesser som bør prioriteres i denne sammenhengen er ikke gitt, og det vil kunne være vanskelig for

²⁷⁸ Se NOU 2010:2 s. 174 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 64

²⁷⁹ Se punkt 2.3.3

domstolene å skaffe seg oversikt over alle hensyn som gjør seg gjeldende. I flere tilfeller vil hensynene de alminnelige erstatningsrettslige prinsippene bygger på kunne stride mot hensynene bak reglene om offentlige anskaffelser. Sentralt i denne sammenhengen er at oppdragsgiver bare er en forvalter av allmennhetens midler. Dersom leverandøren i kontrakten tilkjennes erstatning er det allmennheten dette til syvende og sist vil gå ut over. Om man skal prioritere allmennhetens eller leverandøren i kontraktens interesser i de aktuelle tilfellene er i utgangspunktet et politisk og ikke et rettslig spørsmål.

Hvilke hensyn som på overordnet plan bør prioriteres er lovgiver best egnet til å vurdere. I likhet med andre tilfeller vil domstolene ha begrenset med ressurser til å vurdere hvilke retningslinjer som bør oppstilles, og hvilke retningslinjer som bør gjelde utenfor den konkrete saken som er oppe til behandling. Dette tilsier at adgangen til å kreve erstatning i de aktuelle tilfellene bør lovreguleres.

Lovfesting av erstatningsansvaret vil også kunne styrke den preventive effekten av sanksjonen. I forhold til oppdragsgiver ville en lovregel om erstatning sende et signal om at regelbrudd vil kunne få større konsekvenser enn bare sanksjonsileggelse. En lovfesting av vilkårene for erstatning ville også kunne ha en preventiv effekt overfor leverandører. Ved å lovfeste et vilkår om at leverandøren i kontrakten må ha vært i aktsom god tro for å kunne kreve erstatning, ville man sende et klart signal om at leverandører ikke kan ignorere eventuelle uregelmessigheter i anskaffelsesprosessen uten å risikere økonomisk tap.

En fordel med å ikke lovregulere de aktuelle erstatningsrettslige problemstillingene er at det gir rom for å ta et bredere spekter av hensyn i betraktning i tilknytning til en faktisk tvist. Dette innebærer at det vil kunne være lettere for domstolene å nå frem til rimelige resultater i den konkrete sak. I de aktuelle tilfellene ville man likevel kunne oppstille regler som gir rom for betydelig fleksibilitet.

Samlet sett taler de nevnte forhold for at de aktuelle erstatningsspørsmålene bør lovreguleres.

Det kan stilles spørsmål om leverandører som inngår kontrakt med offentlige oppdragsgivere kan kontraktsregulere erstatningsansvaret for tap som følge av illeggelse av sanksjonen *uten virkning*. Det kan være nærliggende for leverandører som inngår kontrakt med offentlige oppdragsgivere å ta forbehold for slike tilfeller. Om dette er tillatt etter gjeldene anskaffelsesrett, er imidlertid tvilsomt. Et slikt forbehold vil blant annet kunne være i strid med anskaffelsesforskriften § 20-13 (1) bokstav d om vesentlige forbehold. En slik kontraktsregulering av erstatningsansvaret ville også kunne ses som en omgåelse av sanksjonen *uten virkning* fra leverandørens side. Det er derfor ikke utenkelig at forbehold om erstatning vil kunne settes til side på grunnlag av ulovfestede omgåelsesbetraktninger.

Hvis forbehold om erstatning er tatt, bør dette uansett ikke kunne gjøres gjeldende dersom en leverandør har vært i ond tro. Hvis forbeholdet fortsatt skulle stå seg i slike tilfeller, ville dette medføre at sanksjonen *uten virkning* ikke ville ha noen preventiv virkning overfor til leverandører.²⁸⁰ I denne sammenhengen er det grunn til å påpeke at et forbehold om erstatning for det tilfellet kontrakten kjennes *uten virkning*, kan tyde på at leverandøren var i ond tro.

²⁸⁰ Se punkt 4.3.2

5 Domstolsbehandling

5.1 Innledning

Ved gjennomføringen av de nye sanksjonene i anskaffelsesretten er sanksjonskompetansen lagt til domstolene. Ettersom valg av håndhevelsesorgan vil kunne ha stor betydning for de nye sanksjonenes effektivitet, vil enkelte fordeler og ulemper med domstolsmodellen drøftes under punkt 5.2.

Samtidig med gjennomføringen av de nye sanksjonene i Norge, er det innført flere prosessuelle særregler i ny § 15 i anskaffelsesloven. Som følge av disse reglene oppstår det en rekke prosessuelle særspørsmål av vesentlig praktisk betydning. Noen av de mest praktiske særspørsmålene og søksmålskompetansen i sanksjonssaker gjennomgås under punkt 5.3.

5.2 Valg av håndhevelsesorgan

I forarbeidene til de nye bestemmelsene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriftene er det utførlig drøftet om KOFA, domstolene eller begge organene skulle gis kompetanse til å ilegge sanksjoner.²⁸¹ Resultatet ble at sanksjonskompetansen ble lagt til domstolene, mens KOFA ved ikrafttreddelsen av de nye reglene går tilbake til bare å ha en rådgivende funksjon.²⁸²

Hvilket håndhevelsesorgan som har sanksjonskompetanse er av vesentlig faktisk betydning for hvor effektivt sanksjonene vil fungere. En mindre tid- og ressurskrevende saksbehandling vil normalt føre til en mer effektiv sanksjonering av regelbrudd i flere

²⁸¹ Se NOU 2010:2 s. 187-218 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 49-55

²⁸² jf. Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11. mai 2012 nr 25.

tilfeller. I saker om ileggelse av sterkt inngripende sanksjoner som *uten virkning* og *avkorting*, er det imidlertid også svært viktig at de avgjørelsene som tas er riktige. Partenes rettsikkerhet må ivaretas.

Ettersom de fleste berørte parter er enige om at KOFA har fungert godt som håndhevelsesorgan, og da særlig siden innføringen av reglene om *overtredelsesgebyr*,²⁸³ kan det stilles spørsmål om flyttingen av sanksjonskompetansen til domstolene er hensiktsmessig. Kostnadene ved juridisk bistand er i de fleste tilfeller langt lavere ved behandlingen av saker for KOFA enn ved behandlingen av saker for domstolene. Det er rimelig klart at behandlingen av sanksjonssaker vil bli vesentlig dyrere med domstolsmodellen. Saksbehandlingstiden vil sannsynligvis også øke.

Forannevnte må ses i sammenheng med at håndhevelsessystemet for offentlige anskaffelser i Norge bygger på privat rettshåndhevelse.²⁸⁴ Det finnes ingen offentlige tilsynsorganer med kompetanse til å reise sak om sanksjoner på eget initiativ. For at håndhevelsessystemet skal fungere, er man avhengig av at private aktører reiser sak for kompetent organ. Som påpekt av mindretallet i håndhevelsesutvalget, er det en fare for at en mer tid- og ressurskrevende ordning med domstolene som håndhevelsesorgan vil kunne svekke de nye sanksjonenes effektivitet, ved at dette fører til at færre private aktører går til sak.²⁸⁵ Mange av klagenes som kommer inn til KOFA er fra små og mellomstore bedrifter. Den økonomiske risikoen ved å bringe saker inn for domstolene for slike aktører vil lett kunne bli for stor. En innføring av domstolsmodellen vil dermed kunne føre at sak ikke reises i mange tilfeller der anskaffelsesreglene er brutt.

Systemet med privat rettshåndhevelse forutsetter også at leverandører skaffer seg kunnskap om anskaffelsesregleverket. Dette kan også være tid- og ressurskrevende. Dersom leverandører i tillegg til dette risikerer å måtte betale mer i sakskostnader, vil dette kunne føre til at mange avstår fra å gå til sak.

²⁸³ Se bl.a. NOU 2010:2 s. 215 og Evalueringsrapport fra Resource-Partner

²⁸⁴ Som påpekt i NOU 2010:2 på s. 195

²⁸⁵ *ibid.* 215

Behandlingen av saker for domstolene vil også kunne medføre at anskaffelsessaker får økt publisitet. Saker som domstolsbehandles for ofte mer oppmerksomhet i media. Dette er positivt i den forstand at det sannsynligvis vil øke den preventive effekten av sanksjonene. Økt publisitet kan imidlertid også medføre at visse leverandører blir mer tilbakeholdne med å gå til sak. Som påpekt i rapporten fra AUDA, er det et problem at mange leverandører avstår fra å gå til sak av frykt for at dette kan føre til at de ikke vil bli tildelt kontrakt i fremtidige anbudskonkurranser.²⁸⁶ Økt publisitet vil kunne føre til økt omdømmetap for oppdragsgiver. Dette kan igjen føre til at leverandørens frykt for å bli «svartelistet» øker.²⁸⁷

Det er imidlertid ikke gitt at domstolsmodellen vil føre til økt publisitet. KOFAs avgjørelser publiseres på KOFAs hjemmesider og i egne hefter som sendes ut til de som arbeider med fagfeltet og andre. Mange interesserte parter følger med på KOFAs avgjørelser. KOFAs avgjørelser får derfor ofte mer oppmerksomhet enn avgjørelser fra tingretten.

Endringen i det norske håndhevelsessystemet innebærer at det også for kontrakter under EØS-terskelverdiene vil være domstolene som kan ilegge sanksjoner. Slike kontrakter har en lavere kontraktsverdi. Forbigåtte leverandører i slike kontrakter vil neppe være like ivrige på å gå til sak når den økonomiske risikoen ved saksanlegg økes vesentlig. Det er dermed en stor sannsynlighet for at håndhevelsen av anskaffelsesreglene for kontrakter under EØS-terskelverdiene vil svekkes som følge av innføringen av domstolsmodellen.²⁸⁸

Sett i sammenheng innebærer forannevnte en fare for at domstolsmodellen over tid vil svekke det norske håndhevelsessystemets effektivitet. Om dette vil bli resultatet er imidlertid usikkert. KOFA vil fortsette å eksistere som rådgivende organ, og det er ikke gitt at KOFAs betydning vil svekkes. I en rapport utarbeidet av Resource-Partner på

²⁸⁶ Se AUDA! s. 16

²⁸⁷ l.c.

²⁸⁸ Som påpekt av mindretallet i NOU 2010:2 på s. 204-205. Mindretallet mener imidlertid dette vil kunne bli resultatet for alle anskaffelser, ikke bare anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

vegne av Fornyings- og administrasjonsdepartementet i 2006²⁸⁹ ble det konkludert med at KOFA hadde fungert godt som håndhevelsesorgan.²⁹⁰ Rapporten er basert på spørreundersøkelser og dybdeintervjuer av berørte leverandører og oppdragsgivere, samt statistikk. I rapporten antas det at innføringen av KOFA som håndhevelsesorgan, som et mindre ressurskrevende alternativ til domstolsbehandling, har hatt stor betydning for etterlevelsen av reglene om offentlige anskaffelser.

KOFA vil fortsatt ha adgang til å komme med rådgivende uttalelser som spesialorgan på rettsområdet for offentlige anskaffelser, og det er grunn til å tro at domstolene vil tillegge disse uttalelsene betydelig vekt. Som følge av manglende sanksjonskompetanse vil KOFA neppe vurdere eller uttale seg konkret om sanksjoner kan ilegges. KOFA vil likevel fortsatt kunne gi rådgivende uttalelser hvor det konstateres regelbrudd, som for eksempel at det foreligger en ulovlig direkte anskaffelse som innebærer at sanksjoner kan ilegges. Det er også sannsynlig at offentlige oppdragsgivere i mange tilfeller vil følge KOFAs uttalelser,²⁹¹ og at noen kontrakter vil avvikles som følge av rådgivende uttalelser fra KOFA.²⁹² I slike tilfeller vil det ikke være nødvendig å reise sak for domstolene. KOFA vil derfor fortsatt kunne ha stor betydning for håndhevelsen av anskaffelsesregleverket.

Det er også grunn til å fremheve visse positive sider av domstolsmodellen.

Behandlingen av saker for domstolene er normalt grundigere og gir, i motsetning til behandlingsformen i KOFA, mulighet for umiddelbar bevisføring. Når det er spørsmål om å ilegge drastiske sanksjoner som *uten virkning* eller *avkorting*, som også går ut over leverandøren i kontrakten, bør de rettsikkerhetsgarantier som domstolsbehandling innebærer være tilgjengelige.²⁹³ Slike rettsikkerhetsgarantier vil imidlertid også kunne være tilgjengelige dersom man opprettholder KOFAs sanksjonskompetanse. KOFAs avgjørelser om illeggelse av overtredelsesgebyr kan etter dagens regler bringes inn for

²⁸⁹ KOFA hadde på dette tidspunktet ikke kompetanse til å ilegge *overtredelsesgebyr*.

²⁹⁰ Se NOU 2010:2 s. 215 og Evalueringsrapport fra Resorce-Partner

²⁹¹ Se KOFAs årsmelding for 2011 s. 8.

²⁹² Om kontrakten kan avvikles før sanksjonen er ilagt av en domstol er et annet spørsmål, se punkt 3.4.2

²⁹³ Som fremhevet av flertallet i NOU 2010:2 på s. 112

domstolene til ordinær behandling, jf. anskaffelsesloven § 7b femte ledd²⁹⁴. Dersom også KOFA gis kompetanse til å ilegge de nye sanksjonene, vil denne muligheten til domstolsbehandling fortsatt kunne holdes åpen. At behandlingsformen i KOFA ikke er egnet til å gi en like betryggende behandling som domstolene er derfor neppe et så tungtveiende argument som håndhevelsesutvalgets flertall vil ha det til å være.

Dersom KOFA kunne fortsette å ha sanksjonskompetanse, og ilegge også de nye sanksjonene, ville man kunne fortsette å ha et lavterskeltilbud. Det er bred enighet om at et slikt lavterskeltilbud er gunstig for etterlevelsen av anskaffelsesregleverket.²⁹⁵

Dersom én av kontraktspartene i en kontrakt som kjennes *uten virkning* eller *avkortes* i KOFA er uenig i KOFAs konklusjon, ville saken kunne bringes inn for domstolene, med de rettsikkerhetsgarantier dette innebærer.

Om domstolsmodellen eller nemndmodellen er den beste for å ivareta både hensynet til håndhevelsessystemets effektivitet, og hensynet til alle berørte parter rettsikkerhet, er det ikke mulig å konkludere sikkert med før domstolsmodellen har vært prøvet ut over en lengre tidsperiode. Begge modellene har sine fordeler og ulemper. En blandet modell, med KOFA som lavterskeltilbud med mulighet for domstolsbehandling etter KOFAs avgjørelse, kunne imidlertid ha vært hensiktsmessig. Etter en slik modell ville flere saker bli prøvet. I tillegg ville de parter som berøres av sanksjonsileggelse kunne nyte godt av de rettsikkerhetsgarantier som domstolsbehandling innebærer ved å bringe saken inn for domstolene dersom KOFAs avgjørelse ikke aksepteres.

5.3 Prosessuelle særspørsmål og søksmålskompetanse

5.3.1 Søksmålsfrister

For å bøte på den usikkerheten sanksjonene *uten virkning* og *avkorting* vil kunne innebære for parter i kontrakter om offentlige anskaffelser, er det fastsatt særlige

²⁹⁴ Oppheves 1. juli 2012, jf. Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11. mai 2012 nr 25.

²⁹⁵ Se bl.a. Prop. 12 L (2011-2012) s. 49-55

søksmålsfrister i anskaffelsesloven § 15 fjerde, femte og sjette ledd. Bestemmelsene bygger på håndhevelsesdirektivet art. 2f.

Hovedformålet med innføringen av preklusive frister er å styrke rettsikkerheten og forutberegneligheten for oppdragsgiver og medkontrahent.²⁹⁶ Krav om *avkorting* og krav om å kjenne en kontrakt *uten virkning*, faller ikke inn under foreldelsesloven da krav om ileggelse av sanksjoner ikke er en «fordring på penger eller andre ytelser», jf. foreldelsesloven § 1 første ledd. Uten særlige søksmålsfrister ville adgangen til å ilegge sanksjoner i prinsippet derfor være tidsubegrenset.²⁹⁷ Konsekvensene av en slik ordning ville kunne føre til langvarig usikkerhet for kontraktspartene. En slik ordning ville også kunne virke prosesskapende og være upraktisk med tanke på bevisføring.

Fristreglene gir kontraktspartene trygghet for at kontrakten ikke kan annulleres når det har gått en viss tid. Dette er trolig samfunnsøkonomisk gunstig, da en annullering eller *avkorting* av kontrakt vil være mer inngripende jo lenger man har kommet i kontraktsoppfyllelsen. På den annen side vil søksmålsfristene kunne føre til at ulovlig inngåtte kontrakter blir stående, uten at dette får konsekvenser for kontraktspartene. Dette svekker sanksjonenes effektivitet.

De forskjellige fristreglene skiller til dels mellom mer og mindre alvorlige regelbrudd ved at det oppstilles kortere frister for visse tilfeller hvor anskaffelsen eller kontraktsinngåelsen kunngjøres.

Av anskaffelsesloven § 15 fjerde ledd følger en absolutt søksmålsfrist på to år fra kontraktsinngåelse. Denne fristregelen gjelder for alle sanksjonene som følger av anskaffelsesloven §§ 13 og 14, det vil si *uten virkning*, *avkorting* og *overtredelsesgebyr*. Etter søksmålsfristens utløp kan søksmål ikke reises. Sanksjoner kan ikke ilegges dersom det har gått to år og sak ikke er reist. Håndhevelsesutvalget foreslo en absolutt frist på ett år. På bakgrunn av praksis fra KOFA, som viste at en søksmålsfrist på ett år

²⁹⁶ Se endringsdirektivets forale premiss 25 og NOU 2010:2 s. 94-95

Prop. 12 L (2011-2012) s. 41-42

²⁹⁷ Se NOU 2010:2 s. 95-96

ville avskjære omtrent halvparten av sakene om ulovlige direkte anskaffelser, ble fristen endret til to år av departementet.²⁹⁸

Den absolutte søksmålsfristen vil særlig være aktuell ved ulovlige direkte anskaffelser. I slike tilfeller er det sjelden at regelbruddet oppdages før kontrakten er oppfylt, eller oppfyllelsen har kommet så langt at den blir synlig for omverden.

Fristens utgangspunkt er tidspunktet for kontraktsinngåelse. Dette innebærer at fristen begynner å løpe fra det tidspunktet bindende avtale er inngått. For fastleggelse av tidspunktet for kontraktsinngåelse må det ses hen til alminnelig avtalerett slik denne følger av rettspraksis og juridisk teori.²⁹⁹ Fristen avbrytes når stevning kommer inn til tingretten.

Oppdragsgiver og medkontrahent vil normalt ha interesse i å avskjære muligheten til å ilegge sanksjoner så raskt som mulig. Ved påstand om at avtalen er inngått på et tidligere tidspunkt eller ved antedatering av avtalen, vil kontraktspartene kunne avskjære sanksjoner. Det er dermed en viss fare for at den absolutte fristen kan misbrukes.

Ved direkte anskaffelser er søksmålsfristen 30 dager dersom oppdragsgiver har kunngjort resultatet av en konkurranse som ikke var kunngjort, jf. § 15 femte ledd. I slike tilfeller blir berørte leverandører gjort oppmerksomme på kontraktsinngåelsen, med den følge at de får en oppfordring og mulighet til å undersøke om anskaffelsesreglene er fulgt, og eventuelt reagere. Ved kunngjøring av konkurranseresultatet ivaretas hensynet til gjennomsiktighet.³⁰⁰ Dette gjør det mindre betenkelig å sette opp en kortere søksmålsfrist.

Regelen gir oppdragsgiver en oppfordring til å kunngjøre konkurranseresultatet for å sikre at kontrakten ikke kan sanksjoneres. Der oppdragsgiver er i tvil om en direkte

²⁹⁸ Se Prop. 12 L (2011-2012) 44-45

²⁹⁹ Se bl.a. Woxholt, Avtalerett (7. utg.) s. 67 flg.

³⁰⁰ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 89

anskaffelse er lovlig, kan det være klokt å kunngjøre konkurranseresultatet for å sikre seg mot sanksjoner. Dette vil også være et mindre tid- og ressurskrevende alternativ enn frivillig kunngjøring og overholdelse av frivillig karenperiode ved direkte anskaffelser, jf. unntaket i anskaffelsesloven § 13 annet ledd første punktum.³⁰¹

Fristen kommer bare til anvendelse ved brudd på § 13 første ledd bokstav b nr. 1 og § 14 første ledd bokstav b, det vil si ved ulovlige direkte anskaffelser henholdsvis over og under EØS-terskelverdiene. Fristen løper fra dagen etter kunngjøringen.³⁰²

Av § 15 sjette ledd følger det videre at i de situasjonene hvor oppdragsgiver har meddelt berørte leverandører om kontraktsinngåelsen i kunngjort konkurranse, vil søksmålsfristen være 30 dager fra meddelelsen er sendt. Bestemmelsen gjelder sanksjonene som kan ilegges etter § 13 første ledd bokstav b nr. 2 og 3, § 14 første ledd bokstav a nr. 2 og § 14 tredje ledd, det vil si ved brudd på reglene om karen- eller suspensjonstid som beskrevet under punkt 2.4.4, ved andre brudd på bestemmelsene om karen- og suspensjonstid enn de som er beskrevet under sistnevnte punkt, og ved brudd på tilsvarende regler som beskrevet i punkt 2.4.3 om rammeavtaler og dynamiske innkjøpsordninger.

5.3.2 Søksmålskompetanse

Ileggelse av sanksjoner ved brudd på reglene om offentlige anskaffelser forutsetter som nevnt at en privat part reiser sak for domstolene. Det er ikke innført særregler for søksmålskompetanse for saker om ileggelse av sanksjoner etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Dette innebærer at de alminnelige sivilprosessuelle reglene i tvisteloven §§ 1-3 og 1-4 kommer til anvendelse. Av proposisjonen fremgår det at kretsen av søksmålsberettigede ikke skal utvides som følge av endringene i anskaffelsesloven.³⁰³ Aktører som ønsker å gå til sak mot offentlig oppdragsgiver må derfor oppfylle de nødvendige vilkårene som følger av de sistnevnte bestemmelsene.

³⁰¹ Se punkt 2.5.3

³⁰² Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 41

³⁰³ *ibid.* s. 39

Dette innebærer at kretsen av parter som kan klage på ulovlige direkte anskaffelser innsnevres vesentlig.³⁰⁴ Etter KOFA-forskriften § 13a oppstilles det ikke vilkår om klageinteresse.³⁰⁵ Denne innsnevringen av parter som kan fremme sak om ulovlige direkte anskaffelser er neppe heldig i forhold til håndhevelsen av anskaffelsesregelverket. Innsnevringen av søksmålsberettigede parter vil antakelig medføre at flere ulovlige direkte anskaffelser som ellers hadde blitt brakt inn for KOFA, ikke vil kunne bringes inn for domstolene.

I forarbeidene forutsettes det at tvistelovens regler om søksmålskompetanse skal tolkes liberalt, slik at potensielle leverandører og konkurrenter med reelt behov for avklaring skal kunne anlegge sak mot offentlig oppdragsgiver.³⁰⁶ Både utvalgets flertall og departementet forutsetter at interesseorganisasjoner på leverandørsiden vil ha tilstrekkelig interesse i saker om ulovlige direkte anskaffelser til å oppfylle tvistelovens krav til søksmålsinteresse, jf. tvisteloven § 1-4 om søksmålsadgang for organisasjoner.³⁰⁷

5.3.3 Varslingsplikt og rettskraft

Ved innføringen av de nye sanksjonene er det også innført en ny særregel om utvidet subjektiv rettskraft for avgjørelser om ileggelse av sanksjonene *avkorting* eller *uten virkning*, jf. anskaffelsesloven § 15 tredje ledd, jf. §§ 13 og 14. En slik avgjørelse blir bindende for «alle og enhver».

Uten en bestemmelse om utvidet subjektiv rettskraft ville en avgjørelse om *avkorting* eller *uten virkning* bare være bindende for sakens parter, jf. tvisteloven § 19-15 første ledd første punktum. Særregelen innebærer at rettens avgjørelse blir bindende også for

³⁰⁴ Se NOU 2010:2 s. 196-197

³⁰⁵ Bestemmelsen oppheves ved de nye reglenes ikrafttredelse, jf. Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11. mai 2012 nr 25.

³⁰⁶ Se NOU 2010:2 s. 196

³⁰⁷ Se NOU 2010:2 s. 196 og Prop. 12 L (2011-2012) s. 39

oppdragsgivers medkontrahent. På denne måten unngår man uklarhet når det gjelder kontraktens fortsatte virkninger for medkontrahenten. Situasjonen har store likhetstrekk med den man har ved ugyldighetssøksmål mot et forvaltningsorgan som gjelder vedtak som begunstiger en tredjepart.

Som nevnt vil leverandøren i en kontrakt som er påstått *uten virkning* kunne tre inn i saken som partshjelp etter tvisteloven § 15-7.³⁰⁸ Det stilles spørsmål om medkontrahenten bør ha adgang til å tre inn i saken som part. Ettersom avgjørelsen i saken er bindende også for medkontrahenten, bør medkontrahenten gis adgang til å opptre som fullverdig part for å kunne ivareta egne interesser. Tvistelovens regler åpner bare for at man kan tre inn i saken som saksøker, jf. tvisteloven § 15-3, eller bli trukket inn som saksøkt etter tvisteloven § 15-2. Reglene åpner ikke for at man kan tre inn som saksøkt, eller trekkes inn som saksøker.³⁰⁹ Etter tvistelovens regler vil oppdragsgivers medkontrahent bare kunne opptre som saksøkt dersom saksøker bringer medkontrahenten inn i saken etter tvisteloven § 15-2 om subjektiv kumulasjon. Det er svært lite sannsynlig at saksøker vil bringe medkontrahenten inn i søksmålet. Ettersom avgjørelsen uansett er bindende for medkontrahenten, vil saksøker ikke ha noen interesse av å bringe medkontrahenten inn i saken.

Avgjørelser om *avkorting* eller *uten virkning* gis i tillegg positiv rettskraft «i alle forhold hvor spørsmålet er av betydning», jf. anskaffelsesloven § 15 tredje ledd. Bestemmelsen vil være praktisk i etterfølgende saker hvor andre forbigåtte leverandører krever erstatning etter anskaffelsesloven § 10. Avgjørelsen i sanksjonssaken vil da måtte legges til grunn.

For å sikre at oppdragsgivers medkontrahent får mulighet til å ivareta egne interesser der kontrakten er brakt inn for retten med påstand om *uten virkning* eller *avkorting*, er det gitt en bestemmelse om varslingsplikt i § 15 første ledd. Etter bestemmelsen plikter saksøker å varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet ved å oversende kopi av stevningen. For saksøker er det viktig å være oppmerksom på at en unnlatelse av å

³⁰⁸ Se punkt 3.4.3

³⁰⁹ Se Hov (2010) s. 427 og 403

varsle oppdragsgivers medkontrahent vil føre til at saken avvises, jf. tvisteloven § 16-5.³¹⁰

5.3.4 Domstolenes frihet og plikt i saker om brudd på anskaffelsesregelverket
Anskaffelsesloven § 15 annet ledd regulerer domstolens frihet i forhold til partenes påstander, og domstolens plikt til å ilegge sanksjoner av eget tiltak. Det følger forutsetningsvis av håndhevelsesdirektivet at nasjonalstatene i EU/EØS plikter å innføre en slik regel.³¹¹

Det første spørsmålet i denne forbindelsen er hvor fritt retten står i forhold til partenes påstander, og hva denne friheten innebærer.

Av ordlyden i § 15 annet ledd følger det at retten står fritt i forhold til partenes påstander når det gjelder om det skal ilegges sanksjoner, og eventuelt hvilke eller hvilken sanksjon som skal ilegges. Bestemmelsen gjelder for alle tre sanksjonene som kan ilegges etter §§ 13 og 14, det vil si *uten virkning*, *avkorting* og *overtredelsesgebyr*. Innen rammene av §§ 13 og 14 står retten fritt til å ilegge de sanksjonene som synes best egnet i den konkrete saken.

Anskaffelsesloven § 15 annet ledd innebærer at retten skal ilegge sanksjoner selv om dette ikke er påstått av noen av partene i saken. Retten er heller ikke bundet av partenes påstand med hensyn til hvilken eller hvilke sanksjoner som skal ilegges. Dersom det for eksempel påstås *avkorting* i kombinasjon med *overtredelsesgebyr*, vil retten kunne velge én av delene. Tilsvarende vil retten kunne velge å ilegge flere sanksjoner i kombinasjon der det bare er nedlagt påstand om illeggelse av én sanksjon, jf. anskaffelsesloven § 14 femte ledd annet punktum.

Retten står også fritt i forhold til partenes påstander når det gjelder fastsettelsen av sanksjonenes virkninger. Ved illeggelse av *overtredelsesgebyr* vil retten ikke være

³¹⁰ Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 88

³¹¹ Se NOU 2010:2 s. 201

bundet av påstått beløp. Tilsvarende vil retten ikke være bundet av påstand om avkortingstidspunkt, eller påstand om at sanksjonen *uten virkning* skal gis virkning *ex nunc* eller *ex tunc*.

Det andre spørsmålet som oppstår ved anvendelsen av anskaffelsesloven § 15 annet ledd, er hvilke typer saksanlegg som utløser rettens plikt til *ex officio* å ilegge sanksjoner.

Der sanksjoner er påstått ilagt etter §§ 13 eller 14, er det klart at retten må foreta en selvstendig vurdering av om sanksjoner skal ilegges, og eventuelt hvilken eller hvilke sanksjoner som skal ilegges. I forarbeidene trekkes det også frem som eksempel at retten, i saker hvor saksøkers påstand går ut på at en ulovlig direkte anskaffelse har funnet sted, vil måtte ilegge sanksjoner selv om dette ikke er påstått.³¹²

Fastsettelsessøksmål for brudd på reglene om offentlige anskaffelser omfattes dermed også. Det kan stilles spørsmål om slike søksmål er praktiske. En forbigått leverandør eller interesseorganisasjon vil neppe gå til sak bare for å få konstatert regelbrudd.

Uttalelsen kan for øvrig indikere at lovgiver har forutsatt at rettens *ex officio*-plikt til å ilegge sanksjoner bare gjelder i saker hvor påstandsgrunnlaget³¹³ for den private partens krav gjelder brudd på anskaffelsesregelverket.

Retten er dermed forpliktet til å vurdere om det skal ilegges sanksjoner der leverandører går til sak med påstand om erstatning for tap på grunn av brudd på anskaffelsesreglene, og retten finner at anskaffelsesregelverket er brutt. Dette vil trolig være den mest praktiske situasjonen for den aktuelle regelen. I de fleste andre saker vil det sannsynligvis reises sak med påstand om illeggelse av sanksjoner.

³¹² Se Prop. 12 L (2011-2012) s. 88

³¹³ Jf. tvisteloven § 11-2 (1) annet punktum

6 Avsluttende bemerkninger om det nye sanksjonssystemets effektivitet

Avslutningsvis er det grunn til å gi en samlet vurdering av de forholdene ved det nye sanksjonssystemet som vil kunne ha en positiv eller negativ effekt for håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser i Norge.

Som påpekt tidligere er det innført nye sanksjoner som gjør det mulig å gripe inn i ulovlig inngåtte kontrakter for å korrigere og gjenopprette konkurransesituasjonen. De nye sanksjonene *uten virkning* og *avkorting*, er også svært inngripende, og dermed bedre egnet til å virke preventivt enn overtredelsesgebyr. De nye sanksjonene vil også kunne ramme flere typer regelbrudd enn den tidligere norske regelen om overtredelsesgebyr. Videre oppstilles det bare objektive vilkår for sanksjonsileggelse etter anskaffelsesloven §§ 13 og 14. Dette er også egnet til å styrke sanksjonenes effekt. Så langt innebærer det nye sanksjonssystemet en vesentlig forbedring av muligheten til å motvirke og korrigere brudd på anskaffelsesregelverket.

De prosessuelle rammene for de nye sanksjonsreglene innebærer imidlertid en fare for at det nye sanksjonssystemet kan bli mindre effektivt enn det gamle. Et sentralt poeng i denne sammenhengen er at sanksjonskompetansen er flyttet til domstolene. Dette gjelder for alle typer anskaffelser som kan sanksjoneres, også for kontrakter med en kontraktsverdi under EØS-terskelverdiene. Saksanlegg blir dermed vesentlig dyrere og mer tidkrevende. Dette må ses i sammenheng med at det norske håndhevelsessystemet bygger på privat rettshåndhevelse. Når prosessrisikoen ved saksanlegg om sanksjoner økes vesentlig, må private aktører ha sterke insentiver for å reise sak. Leverandører vil kunne ha interesse av at en kontrakt *avkortes* eller kjennes *uten virkning*, ettersom dette kan åpne for at de kan få kontrakten når den må tildeles på nytt. Om en mulighet til å få kontrakten er tilstrekkelig til at leverandører vil påta seg en betydelig prosessrisiko, er imidlertid tvilsomt. Det er også grunn til å fremheve at kretsen av søksmålskompetente parter innsnevres vesentlig. Dette vil sannsynligvis føre til at færre saker vil fremmes enn tidligere.

De nevnte negative konsekvensene ble vurdert av håndhevelsesutvalget. Utvalgets flertall var enige i at domstolsmodellen kunne medføre at færre saker om

sanksjonsileggelse ble reist. Utvalget forutsatte imidlertid at de nye sanksjonene *uten virkning* og *avkorting* ville få en betydelig sterkere preventiv effekt, og at sanksjonssystemet sett under ett derfor ville bli mer effektivt.³¹⁴

Som følge av at det ikke kan begjæres midlertidig forføyning etter kontraktsinngåelse kan kontraktspartene påvirke omfanget av virkningene av sanksjonene *uten virkning* og *avkorting*.³¹⁵ Det vil neppe gå lang tid før dette oppdages av oppdragsgivere og leverandører som kan rammes av sanksjonen. Forholdet er egnet til å svekke de nye sanksjonens preventive effekt. Det ene og tilsynelatende viktigste argumentet for at domstolsmodellen ikke ville svekke sanksjonssystemets effektivitet, er dermed neppe holdbart. Den aktuelle svakheten er også egnet til å demotivere private aktører som vurderer å gå til sak. Når private aktører blir klare over at sanksjonens virkninger kan gjøres ubetydelige av kontraktspartene, vil det bli mindre fristende å ta ut søksmål. Problemet kan imidlertid løses ved å åpne for midlertidig forføyning også etter kontraktsinngåelse.

Dersom det nye systemet ikke endres, er det en betydelig fare for at håndhevelsen av reglene om offentlige anskaffelser i Norge vil svekkes. På bakgrunn av det som er fremhevet under punkt 3.4.3, er det stor sannsynlighet for at de nye sanksjonene *uten virkning* og *avkorting* ikke får tilsiktet virkning. Ut i fra de endringene som er innført og forarbeidene, kan det synes som om dette til en viss grad er ønsket. Også det forhold at man ikke har gitt konkurransetilsynet søksmålskompetanse gir et slikt inntrykk.³¹⁶ Om dette er situasjonen eller ikke er imidlertid uvisst.

³¹⁴ Se NOU 2010:2 s. 197

³¹⁵ Se punkt 3.4.3

³¹⁶ *ibid.* s. 197-198

7 Litteraturliste m.m.

7.1 Litteraturliste

Arnesen, Finn og Are Stenvik *Internasjonalisering og juridisk metode*. Oslo, 2009.

Augdahl, Per *Den norske obligasjonsretts almindelige del*. 5. utg. Oslo, 1978.

Dragsten, Marianne H. *Håndbok i offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006.

Dragsten, Marianne H. og Esther Lindalen *Offentlige anskaffelser Kommentarutgave Bind I*. Oslo, 2005.

EØS-rett. Fredrik Sejersted ... [et al.] 3. utg. Oslo, 2011.

Falkanger, Aage Thor *God tro: en studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*. Tromsø, 1999.

Fredriksen, Halvard Haukeland. *EF-domstolens effektivitetsdoktrine og norsk sivilprosess*. I: Festskrift til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet - Det juridiske fakultets skriftserie nr. 108. 2005, S.61.

Fredriksen, Halvard Haukeland. *Objektivt ansvar for anbudsfeil?*
I: Lov og Rett. 2010, S.600-615.

Fredriksen, Halvard Haukeland. *Tvisteloven og EØS-avtalen*. I: Tidskrift for rettsvitenskap. 2008, S.289-357.

Hauge, Hilde *Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner*. Bergen, 2009.

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett*. 2. utg. Oslo, 2011.

Hov, Jo *Rettergang I*. Oslo, 2010.

Krokeide, Kjetil. *Erstatningsberegning ved ineffektive kontrakter*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1979, S.132-227.

Krokeide, Kjetil. *Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1982, S.353-533.

Krüger, Kai. *Kontraktsrettslige virkninger av anbudsfeil ved offentlige anskaffelser (upphandling – udbud)*. I: Festskrift til Torgny Håstad. 2010, S.363-402.

Krüger, Kai *Norsk kontraktsrett*. Bergen, 1989.

Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo, 2009.

Nielsen, Ruth *Udbud af offentlige kontrakter*. 4. utg. København, 2010.

NS 8405 med kommentarer. Karl Marthinussen...[et al.]. 2. utg. Oslo, 2006.

Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004.

Simonsen, Lasse. *Sak C-568/08 Combinatie: Erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*. Oslo, 2011. Gyldendal Rettsdata [sitert 3. mars 2012].

Simonsen, Lasse. *C-314/09: Ansvarsgrunnlag ved krav om erstatning som følge av brudd på regelverket om offentlige anskaffelser*. Oslo, 2010. Gyldendal Rettsdata [sitert 3. mars 2012]

Simonsen, Lasse *Prekontraktuelt ansvar*. Oslo, 1997.

Twisteloven Kommentarugave Bind I. Tore Schei ...[et al.]. Oslo, 2007.

Woxholt, Geir *Avtalerett*. 7. utg. Oslo, 2009.

7.2 Lovregister m.m.

Norske lover

- | | |
|------|--|
| 1687 | Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687. |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr 4. |
| 1967 | Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967. |
| 1969 | Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr 26. |
| 1976 | Lov om renter ved forsinket betaling m.m. (forsinkelsesrenteloven) av 17. desember 1976 nr 100. |
| 1979 | Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai 1979 nr 18. |
| 1988 | Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr 27. |
| 1989 | Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr 63. |
| 1992 | Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr 86. |
| 1997 | Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13. juni 1997 nr 43. |
| 1999 | Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr 17. |

1999	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr 69.
2005	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr 90.
2012	Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11. mai 2012 nr 25.

Traktater

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 2. mai 1992.
TEUF	Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde, Lisboa, 13. desember 2007.

Utenlandske lover

Lag (2009:1091) om offentlig upphandling [Sverige]

Lov 2010-05-12 nr. 492 om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. [Danmark]

Forskrifter

2002	Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr 1288. (KOFA-forskriften)
------	---

- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 7. april 2006 nr 402.
- 2006 Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) (forsyningsforskriften) av 7. april 2006 nr 403.
- 2012 Forskrift om ikraftsetting av lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett) av 11. mai 2012 nr. 413.

EU-direktiver

- EP/Rdir 2009/81 EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EØS-relevant tekst)
- EP/Rdir 2007/66 EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst)
- EP/Rdir 2004/18 EF Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

EP/Rdir 2004/17 EF	Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester («forsyningsvirksomhedsdirektivet«)
Rdir 92/13/EØF	Rådets direktiv 92/13/EØF af 25. februar 1992 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelse af EF-reglerne for fremgangsmåden ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved direktiv 2007/66/EF
Rdir 89/665/EØF	Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved direktiv 2007/66/EF

Standardkontrakter

2008	NS 8405 Norsk bygge- og anlægskontrakt 2. utg.
------	--

7.3 Domsregister

Norske dommer

Rt. 1956 s. 767

Rt. 1997 s. 574

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2001 s. 1062

Rt. 2002 s. 173

Rt. 2004 s. 675

Rt. 2005 s. 579

Rt. 2007 s. 983

Rt. 2008 s. 1705

RG 1982 s. 75

EU/EØS-dommer

Sak 143/83	Komissionen mod Danmark	Saml. 1985 I-00427
------------	-------------------------	--------------------

Forente saker C-20/01 og C-28/01	Komissionen mod Tyskland	Saml. 2003 I-03609
-------------------------------------	--------------------------	--------------------

Sak C-448/01	EVN AG og Wienstrom GmbH mod Republik Österreich	Saml. 2003 I-14527
Sak C-26/03	Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna	
Sak C-275/03	Kommissionen mod Portugal	
Sak C-503/04	Kommissionen mod Tyskland	Saml. 2007 I-06153
Sak C-70/06	Kommissionen mod Portugal	
Sak C-568/08	Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl. mod Provincie Drenthe	
Sak C-246/09	Susanne Bulicke mod Deutsche Büro Service GmbH	Saml. 2010 I-07003
Sak C-314/09	Stadt Graz mod Strabag AG m.fl.	Saml. 2010 I-08769
Sak E-1/07	Straffesak mot A	

7.4 Forarbeider

Norske forarbeider

Ot.prp. nr. 80 (1986-87)	Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11 april 1980
Ot.prp. nr. 71 (1997-98)	Om lov om offentlige anskaffelser
Ot.prp. nr. 62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
Prp. 12 L (2011-2012)	Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)
NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlig anskaffelser
Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser (AUDA) av 31. mars 2003 (AUDA!) [se nettdokumenter og nettadresser]	

Svenske og danske forarbeider

Prop 2009/10:180	Nya rättsmedel på upphandlingsområdet [Sverige]
LFF-2010-01-27 nr. 110	Forslag til lov om håndhævelse af udbudsreglerne m.v. [Danmark]

7.5 Nettdokumenter og nettadresser

Rapport fra Arbeidsgruppen mot Ulovlige Direkte Anskaffelser (AUDA)

av 31. mars 2003 (AUDA!)

http://www.regjeringen.no/nb/dep/nhd/dok/rapporter_planer/rapporter/2003/Rapport-fra-Arbeidsgruppen-mot-Ulovlige-.html?id=420251 [sitert 15. mai 2012]

Evaluering av Klagenemnda for offentlige anskaffelser – KOFA for Fornyings- og administrasjonsdepartementet fra Resource-Partner AS av 18. desember 2006.

http://www.regjeringen.no/upload/kilde/fad/prm/2006/0067/ddd/pdfv/302844-kofa_evaluering.pdf [sitert 4. april 2012]

Årsmelding 2011 fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser av 10. mars 2012.

<http://www.kofa.no/PageFiles/3718/%c3%85rsrapport%20KOFA%202011.pdf>
[sitert 23. mai 2012]

Regjeringens hovednettside om offentlige anskaffelser:

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/tema/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser.html?id=592102> [sitert 21. mai 2012]

